

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU
INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
EN EL PERÚ”**

Presentada por:

Br. Marco Antonio Valdiviezo Balcázar

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

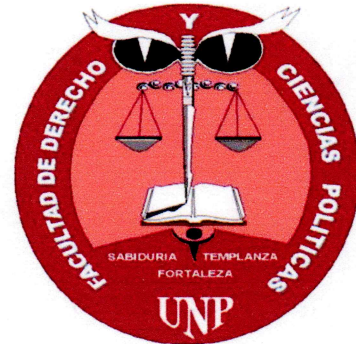
Línea de Investigación: Legislación y ciencias políticas.

Sub línea de Investigación: Derecho constitucional

**PIURA – PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU
INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
EN EL PERÚ”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO


Bach. Marco Antonio Valdiviezo Balcazar
Ejecutor


Dr. Pedro German Lizana Bobadilla
Asesor

Línea de Investigación: Legislación y ciencias políticas.

Sub línea de Investigación: Derecho constitucional

PIURA – PERÚ

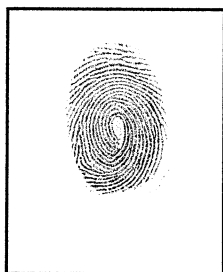
2019

DECLARACIÓN JURADA

DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **MARCO ANTONIO VALDIVIEZO BALCAZAR** identificado con DNI N° **45449548**, en la condición de Estudiante Egresado, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en **AAHH.VILLA DEL NORTE MZ "E" LT 11** Distrito de Castilla, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **948395827**, Email: **valdiviezo1988z@gmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N° 411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N° 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura 02 de diciembre del 2019

Marco Antonio Valdiviezo Balcazar

DNI N° 45449548

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA REGULACION DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU
INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL
EN EL PERÚ”**

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO

Dr. Roberto Palacios Marquez

Presidente

Dr. Deiver Vilcherrez Vilela

Secretario

Mg. Guillermo Enrique Cevallos Lopez

Vocal

PIURA – PERÚ

2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



“AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
084-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada “**LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ**” presentada por el Bachiller **VALDIVIEZO BALCAZAR MARCO ANTONIO** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento del Dr. Pedro Germán Lizana Bobadilla; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA ☒

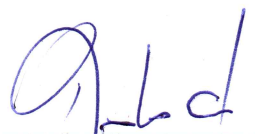
DESAPROBADA ()

Con la mención de:

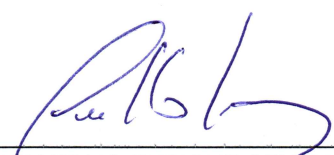
Muy bueno

- ☒ En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 07 de diciembre de 2019


DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ
PRESIDENTE


DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA
SECRETARIO


MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

Para los miles de trabajadores que están iniciado su periodo de prueba con la esperanza de lograr un sitio en este nuevo trabajo.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a Dios en primer lugar por permitirme seguir, en segundo lugar,
a mi madre por su apoyo incondicional.

A mi alma mater mi querida universidad y mi amada facultad de derecho
por todos los momentos maravillosamente vividos.

A la doctora Estely Bayona por constante disposición para ayudarnos a
encausar y culminar esta investigación.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	14
CAPITULO I:	15
ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	15
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	15
1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
1.3 OBJETIVOS	16
1.3.1 Objetivo General:	16
1.3.2 Objetivo Específico:	16
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	16
1.4.1 Espacial:	16
1.4.2 Temporal:	16
1.4.3 Económica:	16
CAPITULO II:	17
MARCO TEÓRICO.....	17
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	17
2.2 BASES TEÓRICAS	18
2.2.1 El derecho al trabajo.....	18
2.2.2 El trabajador	19
2.2.3 Contrato de trabajo	20
2.2.4 Periodo de Prueba.....	21
2.2.5 Estabilidad laboral.....	22
2.2.6 El despido.....	24
2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS	25
2.4 MARCO REFERENCIAL	26
2.4.1 CONTRATO DE TRABAJO.....	26
2.4.1.1 Evolución histórica.....	26
2.4.1.2 Concepto de contrato de trabajo.....	27
2.4.1.3 Elementos esenciales del contrato de trabajo	27
2.4.1.4 Características el contrato de trabajo.....	29
2.4.1.5 Clasificación.....	30
2.4.1.6 Regulación del contrato de trabajo en el Perú.....	32
2.4.1.7 Tratamiento constitucional y judicial del contrato de trabajo	33
2.4.1.8 El principio de la primacía de la realidad en el contrato de trabajo	33

2.4.2	EL PERIODO DE PRUEBA.....	34
2.4.2.1	Antecedentes históricos del periodo de prueba en el Perú	34
2.4.2.2	Concepto	35
2.4.2.3	Naturaleza jurídica	36
2.4.2.4	Fundamentos del periodo de prueba.....	38
2.4.2.5	Utilidad del periodo de prueba	39
2.4.2.6	Derechos que se ejercen durante el periodo de prueba.....	39
2.4.2.7	Elementos que caracterizan al periodo de prueba	41
2.4.2.8	Formalidad del periodo de prueba.....	42
2.4.2.9	Duración del periodo de prueba	42
2.4.2.10	El periodo de prueba según el tipo de trabajadores.....	43
2.4.2.11	Exoneración del periodo de prueba.....	43
2.4.2.12	El derecho del trabajador al superar el periodo de prueba	44
2.4.2.13	El periodo de prueba en los contratos sujetos a modalidad.....	44
2.4.2.14	Extinción del periodo de prueba.....	44
2.4.2.15	Regulación del periodo de prueba en el derecho comparado	45
2.4.3	LA ESTABILIDAD LABORAL	46
2.4.3.1	La estabilidad laboral a nivel constitucional	46
2.4.3.2	Naturaleza jurídica de la estabilidad laboral	46
2.4.3.3	Definición.....	47
2.4.3.4	Fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral	47
2.4.3.5	Clases de estabilidad laboral	48
2.4.4	EL DESPIDO ARBITRARIO O INJUSTIFICADO	49
2.4.4.1	Antecedentes en Latinoamérica sobre protección frente al despido.....	49
2.4.4.2	Antecedentes en Perú	50
2.4.4.3	Evolución histórica en el Perú.....	51
2.4.4.4	Definición del despido	51
2.4.4.5	El despido arbitrario en la constitución del 1993	52
2.4.4.6	Desarrollo jurisprudencial del despido por tribunal constitucional.....	53
2.4.4.7	El despido arbitrario en el decreto supremo N° 003-97-TR, texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, ley de productividad y competitividad laboral.	55
2.4.4.8	Nueva tipología del despido en el Perú.....	57
2.4.5	NORMAS SUPRANACIONALES PROTECTORAS DEL DERECHO AL TRABAJO	58
2.4.5.1	El convenio 158 de la O.I.T	58
2.4.5.2	El Pacto de los Derechos Económicos Sociales y culturales en materia laboral.....	58
2.4.5.3	El Protocolo de San Salvador.....	59
2.5	HIPÓTESIS	59
2.5.1	Hipótesis General:	59

2.5.2	Hipótesis Específicas:	59
2.6	DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	59
2.6.1	Definición Conceptual.....	59
2.6.1.1.	Hipótesis General:	59
2.6.1.2.	Hipótesis específica:.....	60
2.6.2	Operacionalización de las variables	62
CAPITULO III:		68
MARCO METODOLÓGICO		68
3.1	ENFOQUE	68
3.2	DISEÑO	68
3.3	NIVEL.....	68
3.4	TIPO	68
3.5	MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS	68
3.6	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	69
3.7	ASPECTOS ÉTICOS	71
CAPÍTULO IV:		72
PROBANZA DE HIPÓTESIS		72
4.1	PROBANZA JURIDICO – DOCTRINAL	72
CONCLUSIONES		79
RECOMENDACIONES		80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		82
ANEXO N°1-A		87
APÉNDICES		88

ÍNDICE DE ANEXOS

<u>ANEXO N°1-A</u>	87
<u>MATRIZ BÁSICA DE CONSISTENCIA</u>	87

RESUMEN

La presente investigación titulada “LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ”, tiene por finalidad demostrar que la actual redacción sobre el periodo de prueba laboral contenida en el artículo 10° del texto único ordenado de la ley de productividad y competitividad laboral, decreto legislativo N° 728, aprobado por el decreto supremo N° 003-97-TR, influencia de manera negativa en la obtención del derecho a la estabilidad laboral que protege a todo trabajador dentro de una relación de trabajo

Es por ello que, mediante el análisis de la doctrina nacional y extranjera, así como de la jurisprudencia nacional, se llegó a determinar que su negatividad radica en las deficiencias que presenta la actual redacción del artículo 10° de la ley de productividad y competitividad laboral, como es el hecho de que la ley no establece una definición clara, ni límites de su aplicación en los contratos modales, tampoco impone la formalidad escrita como requisito de validez, finalmente también el hecho de que bajo este periodo del contrato no se exija un requisito mínimo de causalidad para el despido, lo que hace que el empleador lo entienda como una “licencia para despedir”.

Por todo lo antes expuesto en esta investigación se llegó a la conclusión que bajo el actual contenido normativo del artículo 10° de la ley de productividad y competitividad laboral, se impide que el trabajador logre obtener su derecho a la estabilidad laboral como parte del derecho al trabajo contenido en el artículo 22° de la constitución.

Asimismo, ante la necesidad imperativa de cambio plantearemos una modificación legislativa del artículo 10° de la ley de productividad y competitividad laboral, de esta manera creemos que se podrá utilizar de manera adecuada la institución del periodo de prueba dentro de la relación laboral.

PALABRAS CLAVE: Periodo de prueba, Derecho a la estabilidad laboral, Trabajador, Artículo 10° del decreto supremo N° 003-97-TR, Despido.

ABSTRACT

This current research is titled “The labor trial period regulation and its influence on the right to job security in Peru” is intended to demonstrate that the current investigation about the labor trial period in the article 10° of the only ordered text of the law of labor productivity and competitiveness, legislative decree N° 728, approved by the supreme decree N° 003-97-TR, negatively influences the obtaining of the right to job stability that protects every worker within a work relationship.

That is why analyzing the national and foreign doctrine, as well as national jurisprudence, was determined that its negativity lies in the deficiencies presented by the current wording of the article 10° of the labor productivity and competitiveness law as is the fact that the law does not establish a clear definition, nor limits of its application in modal contracts, nor does it impose written formality as a validity requirement, also the fact that under this contract period a minimum causality requirement for dismissal is not required what makes the employer understand it as a license for dismissal.

For the above stated in this investigation it was concluded that under the current normative content of article 10° of the labor productivity and competitiveness law, the worker is prevented from obtaining his right to job stability as part of the right to work contained in the article N°22 of the constitution.

Also before the imperative need for change, we will propose a legislative modification of the article 10 of the labor productivity and competitiveness, in this way we believe that it can be used properly by the institution of the trial period within the employment relationship.

KEY WORDS: Probationary period, Right to job stability, Worker, Article 10° of the supreme decree N° 003-97-TR, Dismissal.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las relaciones jurídicas algunas de ellas merecen una atención particular por parte del estado, tal es caso de las relaciones laborales; pues en ellas se evidencia una disparidad en las posiciones de las partes contratantes, pues como es ya bastante conocido la posición del trabajador frente al empleador comporta una situación de desequilibrio, por lo que es necesario que el estado a través de su facultad normativa otorgue los mecanismos de protección adecuados para equiparar dicha realidad dispar; es por ello que en la presente investigación denominada “LA REGULACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ”, tendrá por finalidad demostrar que el llamado periodo de prueba laboral regulado en el artículo 10° del decreto supremo 003-97-TR del decreto legislativo N° 728 “Ley de productividad y competitividad laboral”, contiene una regulación demasiado exigua lo que genera que se desnaturalice el propósito que crea esta figura legal, llegándose a entender por parte de empleador que se podrá despedir sin justificar que el trabajador obtuvo una evaluación negativa basado en su incapacidad para adaptarse al puesto de trabajo fundamento principal de la existencia del periodo de prueba dentro de relación de trabajo, asimismo produce en el derecho a la estabilidad laboral determinadas influencias, que originan diversos sentidos jurisprudenciales en nuestra judicatura nacional, y en varios casos con pronunciamientos divergentes, situación que evita establecer un sentido unánime en referencia a este tema

Para determinar la influencia del periodo de prueba laboral en el derecho a la estabilidad laboral en nuestro país, nos obligó a tratar de manera detallada figuras jurídicas con el periodo de prueba mismo, el derecho a la estabilidad laboral, el contrato de trabajo, contratos modales tanto normativa como jurisprudencialmente, la vigencia y límites a los derechos constitucionales en el Perú además de otras figuras laborales.

Así mismo como resultado de este trabajo de investigación se propuso modificaciones al actual tratamiento de la figura legal del periodo de prueba, con el objetivo de generar condiciones favorables que permitan al trabajador superar el periodo de prueba para obtener una adecuada protección al derecho a la estabilidad laboral y demás derechos constitucionales reconocidos en nuestra carta magna.

El presente trabajo fue tipo documental el cual se dividió en seis partes: Capítulo I comprendió el Aspecto de la Problemática en el que se desarrolló la descripción de la problemática, formulación del problema, justificación e importancia de la investigación, objetivos y delimitación de la investigación. En el capítulo II se desarrolló el Marco Teórico en el que se desarrolló antecedentes de la investigación, bases teóricas, glosario de términos, marco referencial, hipótesis y definición de variables. En el capítulo III comprendió el Marco Metodológico en el que se desarrolló el enfoque y diseño, nivel, tipo, métodos, técnicas y aspectos de la investigación. En el Capítulo IV aspectos administrativos, donde se desarrolló el cronograma de ejecución, presupuesto y financiamiento. En el capítulo V referencias bibliográficas y finalmente en el capítulo VI anexos del presente trabajo investigativo.

CAPITULO I:

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

Desde la entrada en vigencia del decreto ley N° 728, “Ley de productividad y competitividad laboral, y su texto único ordenado el decreto supremo N° 003-97-TR, se han venido presentando en nuestra realidad nacional innumerables situaciones de indefensión, en desmedro de la parte más vulnerable de la relación laboral, esto es el trabajador. Pues la incompleta regulación que presenta esta normativa con relación al periodo de prueba laboral menoscaba la adecuada protección de los principales derechos constitucionales como la estabilidad laboral, en específico la denominada “estabilidad laboral de entrada”, evidenciada al inicio del vínculo laboral con el llamado periodo de prueba laboral, regulado en el artículo 10° del D.S N° 003-97-TR, LPCL; puesto que en realidad con la actual regulación de la figura del periodo de prueba laboral esta se convierte en una licencia para despedir a favor de quien ostenta el poder de dirección en la relación laboral.

Del quehacer cotidiano se desprende que el trabajador desde el inicio aspirara a lograr en el menor tiempo posible la tan anhelada estabilidad en el trabajo, incluso realizando esmeradamente su labor; sin embargo, es bastante sabido que el empleador buscara en gran medida reducir los costos laborales, haciendo un uso indebido de esta figura legal. Pues la norma antes citada no dispone que se deba probar la causa del fin de la relación laboral, tan solo el libre albedrio del empleador y mero transcurrir del tiempo.

1.2 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justificó en la medida que se pretendió determinar que la regulación normativa actual del periodo de prueba laboral dispuesto en el art.10° del D. S N° 003-97-TR presenta deficiencias que inciden negativamente en el pensamiento del empleador, quien en la realidad lo entiende como una “licencia para despedir”; pues el mencionado artículo solo hace referencia de manera exigua al momento a partir del cual el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario; así como también los supuestos en los que se puede ampliar el periodo de prueba y la formalidad que debe revestir la ampliación, en la misma línea tanto la judicatura ordinaria como constitucional se han expresado de manera divergente y en algunos casos lo han entendido como un periodo para el libre despido, todo ello repercute en la vigencia del derecho a la estabilidad laboral que debe protegerse en todo nexo de trabajo.

Partiendo del hecho que en una relación laboral la posición que ostenta el empleador es de preminencia con respecto al trabajador, es necesario establecer en su etapa inicial parámetros normativos que definan el periodo de prueba, así como también los objetivos que se pretende lograr con esta figura legal, así mismo las formalidades que debería cumplir el empleador para instituir la como para dar por terminada dicha relación. Por tanto, ya que el trabajo se convierte en el medio principal de desarrollo personal y económico de la persona humana en la sociedad, el beneficiario principal como es evidente serían los millares de trabajadores que se encuentran en esta etapa inicial de la relación trabajo, pero además resultarían favorecidos los órganos encargados de administración de justicia en el país quienes tendrían una normatividad completa y delimitada lo que repercutiría en la unificación de criterios jurisprudenciales.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General:

Analizar si resulta suficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D.S N° 003-97-TR sobre el periodo de prueba laboral.

1.3.2 Objetivo Específico:

Determinar si con la regulación contenida en el art.10° del D.S N° 003-97-TR se vulnera el derecho a la estabilidad laboral.

1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Espacial:

La investigación se limitó al análisis normativo y jurisprudencial del periodo de prueba laboral regulado en el art 10° del decreto supremo 003-97-TR, así como su influencia en el derecho a la estabilidad laboral como expresión del derecho fundamental del trabajo contenido en la constitución política del Perú.

1.4.2 Temporal:

En referencia al tiempo, desde el año 2000 hasta la actualidad, pues los pronunciamientos jurisprudenciales y opiniones doctrinarias analizados comprendió dicho periodo de tiempo.

1.4.3 Económica:

Esta investigación se sustentó con recursos propios del investigador.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

J) **ASQUERINO LAMPARERO (2015)** En su tesis doctoral *el “Periodo de prueba en los contratos de trabajo”*, el autor concluye:

Que el derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la constitución española¹, es el derecho que en su aspecto individual delimita que todo trabajador tiene derecho a no ver finalizado su vínculo laboral sin que previamente exista una causa justa, esto relacionado al “principio de conservación del negocio”, que en el ámbito laboral se entiende como una apoteagma a favor de la estabilidad laboral en el empleo. Que el periodo de prueba al concebirse como una excepción al “principio de estabilidad” en el trabajo se debe interpretar y aplicarse de manera restrictiva; por ello el artículo 14° del estatuto de los trabajadores español² exige determinados requisitos a fin de concretar la validez del periodo de prueba. Además, manifiesta que el periodo de prueba se constituye en una herramienta útil para el empresario pues le permitirá comprobar que su trabajador es técnicamente idóneo para el puesto, así como también si sus cualidades son las apropiadas para el trabajo que se le encomienda.

J) **BAUTISTA ALVAREZ (2018)** En su tesina de grado denominada:

“El periodo de prueba como periodo de suspensión de los derechos fundamentales de los trabajadores” en la cual se fija el objetivo analizar la constitución y la legalidad del periodo de prueba en el Perú y sus efectos en los derechos laborales de los trabajadores, partiendo de la hipótesis de que el periodo de prueba establecido dentro de la legislación nacional en materia Laboral, genera una zona de suspensión de derechos fundamentales lo cual es contrario al artículo 23° de la Constitución Política del Perú³. Arribando a la conclusión que el periodo de prueba, es favorable al empleador empero es desigual con el trabajador, generando desprotección de los derechos fundamentales de los trabajadores, deteriorándose aún más con la posición del tribunal Constitucional quien expone una visión restrictiva del periodo de prueba y su aplicación declarando de plano improcedente cualquier demanda que busque controvertir alguna vulneración durante el periodo de prueba donde probablemente exista la posibilidad de haberse vulnerado algún derecho fundamental. Además, expone que este periodo a raíz de la regulación deficiente y la interpretación del TC, se ha transformado en un periodo de suspensión de derechos fundamentales, pues el trabajador después de haber superado el periodo de prueba recién podrá hacer uso de algún mecanismo legal para defenderse; finaliza recomendando la eliminación de dicho periodo, puesto que genera un periodo de suspensión de los derechos fundamentales del trabajador, ya que el

¹ **Artículo 35° de la constitución española:** Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

² **Artículo 14, inciso 1 del estatuto de los trabajadores español:** Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación

³ **Artículo 23° tercer párrafo de la constitución política del Perú:** (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

empleador siempre tendrá la posibilidad de finalizar la relación laboral fundamentada en la conducta o capacidad del trabajador establecida en la ley.

J) **CABANILLAS y SALCEDO (2019)** En su tesis *“Razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del decreto supremo N° 003-97-TR, texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, ley de productividad y competitividad laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado”*, cuyo objetivo general fue precisar las razones jurídicas para derogar el periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR⁴, texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, ley de productividad y competitividad laboral para obtener la estabilidad laboral en el sector privado, teniendo como hipótesis de que las razones jurídicas para la derogación del periodo de prueba son la afectación a la dignidad del trabajador, al contenido esencial del derecho al trabajo, al principio de continuidad y la afectación a la estabilidad laboral; concluyendo que se ha contrastado e identificado que la regulación como tal del Periodo de Prueba se ha establecido como una figura legal que recorta el derecho a la libre autodeterminación de la persona para desarrollarse humanamente dentro de la sociedad, además expone que el derecho a la estabilidad laboral se encuentra condicionado a la superación del periodo de tres meses, negándosele este derecho a pesar de que los elementos necesarios para su concesión se encuentran presentes desde el primer mes de prestación de servicios; en mismo sentido concluye que la terminación del vínculo laboral durante el periodo de prueba contrasta contrariamente al principio de continuidad laboral, pues desconoce la permanencia y/o prolongación de una relación laboral. Otras de las conclusiones que arriba es que el periodo de prueba no se adapta al sentido que adopta la constitución en su ámbito laboral, porque desconoce su fuerza normativa encaminada a orientar la regulación ordinaria en miras a garantizar la plena efectividad de los derechos específicos e inespecíficos del trabajador, aquí también se llegó a la conclusión que la naturaleza jurídica de la estabilidad laboral se debe entender como el derecho que tiene toda persona de acceder a un puesto de trabajo y a conservarlo, así mismo, identifica que el tipo de estabilidad laboral regulada en nuestro país es la estabilidad relativa Impropia.

2.2 BASES TEÓRICAS

2.2.1 El derecho al trabajo

El derecho al trabajo dada su evidente importancia ha sido conceptualizado de muy variada forma, pero con algunos rasgos comunes, por el hecho de ser una manifestación del esfuerzo humano, por ello en adelante expondremos algunas de esas definiciones:

Para Cuba Velaochaga, el derecho al trabajo semánticamente debe entenderse como aquella pretensión legítima y razonable de toda persona de realizar una actividad que le permita obtener recursos necesarios para vivir (derecho de acceso al trabajo). Esta definición es superficial y muy general (...) ya que consideramos que el derecho al trabajo engloba aspectos mucho más específicos [como libertad de trabajo], que son de vital importancia (...) sin duda un derecho humano de reconocimiento universal, protegido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo. En conclusión, podemos indicar que dentro del concepto del derecho al trabajo encontramos a la libertad de trabajo y a la libertad a trabajar, como manifestaciones del derecho al trabajo. De esto se desprende que el derecho al trabajo podría conceptualizarse del siguiente modo: “Es el derecho que posee toda

⁴ **Artículo 10° D.S.003-97-TR.** - El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

persona a elegir libremente un trabajo y de exigirle al estado el desarrollo de políticas adecuadas que le permitan el acceso al empleo” (CUBA VELAOCHAGA, 2017).

En ese sentido el derecho al trabajo ha sido reconocido por nuestra constitución en el numeral 15 del artículo 2 estableciendo que “Toda persona tiene derecho a trabajar libremente (...)”⁵, en concordancia con el artículo 22 de nuestra carta magna que indica “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”⁶.

Por otro lado, nuestro tribunal constitucional ha establecido que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: “El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (fundamento 12)”⁷.

2.2.2 El trabajador

Es persona natural que no pertenece a los medios de producción, a la organización del trabajo, quien de manera personal y de forma directa pone su fuerza laboral, para prestar un servicio o ejecutar una obra a favor de otra persona, el empleador, en forma voluntaria a cambio de una retribución económica, bajo la dirección de este último.

Si bien es cierto que en nuestra legislación no hay norma alguna que establezca de manera clara la definición del trabajador, situación distinta al caso español, donde si la contempla. No obstante, después de un rápido recorrido por los primeros artículos de la ley de productividad y competitividad laboral en adelante LPCL, se puede notar ciertos elementos que se asemejan con los otorgados por la legislación española para poder otorgar una definición de un trabajador. En ese sentido podemos deducir que esta noción está íntimamente vinculada con la definición legal del contrato de trabajo regulado en el artículo 4^o⁸ de la LPCL, de donde sobresale el elemento de subordinación.

En consecuencia, el trabajador es uno de los sujetos que se constituye en parte de la relación de trabajo, formada en función de la celebración de un contrato, y por tanto favorecido por la normatividad laboral. En conclusión, podemos afirmar que elemento central sobre el que se actúa el carácter tuitivo de la norma de trabajo lo es el trabajador, en consonancia con su posición contractual desventajosa dentro de la relación laboral, por ello la necesidad de otorgarle las garantías necesarias para la protección y vigencia de sus derechos.

⁵ Artículo 2 inciso 15 de la constitución política del Perú del 1993, toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley.

⁶ Artículo 22 de la constitución política del Perú del 1993, Protección y fomento del empleo: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona

⁷ STC 1124-2001- AA/TC.

⁸ Artículo 4º: En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna

2.2.3 Contrato de trabajo

Se podría afirmar que el contrato de trabajo constituye un acto jurídico y sus requisitos están establecidos en el código civil, cuyo artículo 140⁹⁹ que norma todo lo relacionado con la validez del acto jurídico. Asimismo, el contrato de trabajo tiene como principal característica el que puede ser expresa o tácita, entendiéndose esta última que basta sólo en darse la relación laboral o de trabajo para que pueda confirmar la existencia de derechos y obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador.

En esta línea de ideas el contrato de trabajo se define como un acuerdo verbal o escrito entre el empleador y el trabajador que crea la relación laboral, por la que el trabajador se somete a la dirección y control del empleador, a cambio de una remuneración. Empero no toda acuerdo por el que una persona labora a favor de otra por una retribución económica, se constituye necesariamente en un contrato de trabajo. Por tanto, las relaciones de trabajo encierran determinadas características, que la mayoritariamente la doctrina ha llamado “elementos esenciales” de la relación laboral, si el vínculo jurídico reúne estas características, entonces la ley le reconocerá al trabajador sus derechos laborales. De allí que el T.U.O de la ley de fomento del empleo, D.S. N° 003-97-TR, ley de productividad y competitividad laboral, en su artículo 4°, establezca que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, presunción juris tantum.

En este sentido el tribunal constitucional en la sentencia, expediente N° 1944-2002-AA/TC, del 28/1/2003 ha expresado cuales son los elementos esenciales que determinan la existencia de un contrato de naturaleza laboral: *“Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo (ACCION DE AMPARO , 2003 fund.02). Es pertinente también indicar que la ley de productividad y competitividad laboral es sus artículos del 53° al 83° regula las ocasiones en que deben celebrarse y formalidades que deben cumplir los contratos sujetos a modalidad, entre las que destaca la forma escrita y tiempo de duración, las causas objetivas de la contratación, entre otras, por lo que se puede evidenciar que nuestro ordenamiento legal tiene preferencia por la contratación laboral a tiempo indeterminado, por ello establece ciertos requisitos ad solemnitatem , que deberán cumplirse indefectiblemente en los contratos sujetos a modalidad, de lo contrario la norma sancionara esta situación convirtiéndola en una relación de trabajo de duración indefinida.*

9 Artículo 140° Código civil peruano, Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

2.2.4 Periodo de Prueba

El periodo de prueba, es una institución legal que ha sido tratada por diversos autores quienes con sus aportes doctrinarios ha contribuido a conceptualizar y delimitar sus alcances, de lo que se desprende su importancia en el ámbito laboral, a continuación, expondremos algunas de esas definiciones:

Para Haro Carranza, el periodo de prueba es el tiempo en el cual el empleador verifica y evalúa la capacidad del trabajador, y la idoneidad para desempeñarse en el puesto de trabajo para lo cual ha sido contratado. Por otro lado, el trabajador evalúa su conformidad, tanto de las condiciones de trabajo a la que es sometido, como también el trato y remuneración que percibe (HARO CARRANZA, 2016).

En ese mismo sentido Cruz Villalón señala que la finalidad [del periodo de prueba], es la del conocimiento mutuo de trabajador y empresario, particularmente que el empresario pueda comprobar las aptitudes del trabajador para integrarse a la empresa y dar cumplida satisfacción a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. (...) ello a la vista de que las condiciones reales y de rendimiento efectivo de un trabajador difícilmente se pueden constatar previamente a la celebración del contrato (CRUZ VILLALÓN, 2011).

En nuestro país, el plazo de periodo de prueba ha recorrido un variado camino legislativo, originalmente fue de tres meses, tal como lo establecía el derogado decreto ley N° 18471(1970); posteriormente, con la dación del también derogado decreto ley 22126 (1978), se amplió dicho periodo a tres años. Después, con la ley N° 24514 (1986), nuevamente se instituyó en tres meses el periodo de prueba. Actualmente la ley de productividad y competitividad laboral el decreto legislativo N° 728 y su texto único ordenado el decreto supremo 003-97-TR, en su artículo 10° establece que el periodo de prueba puede ser de dos tipos: Para puestos ordinarios por un periodo de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario; y para puestos especiales las partes pueden pactar un término mayor en caso de que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada, pudiéndolo hacer para los casos de trabajadores calificados, dirección o de confianza, además establece que dicha ampliación debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis(6) meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un (1) año en el caso de personal de dirección, mientras que en el artículo 17° del D.S N°001-96-TR establece que, exceso que se pactara no tendrá ningún efecto legal.

Por otro lado, en el artículo 16° de mismo cuerpo legal ordena que, en los casos de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba, no corresponde esta acumulación si el reingreso se haya producido a un puesto notoria o cuantitativamente distinto al ocupado previamente, o que se suscite transcurrido tres (3) años de producido el cese.

Además, es preciso indicar que el decreto supremo 003-97-TR en su artículo 75° establece que “en los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba, legal o convencional previsto en la presente ley”. Esta disposición cambia la posición garantista de la legislación anterior, en la que no se establecía este periodo para los contratos a plazo fijo, ya que los trabajadores no tenían la condición de contratados en forma indefinida y porque antes de celebrar este tipo de contratos el trabajador era previamente evaluado.

Por otro lado, el artículo 76° de la ley de productividad y competitividad laboral establece que “Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Como se puede apreciar en esta parte, la ley es bastante severa con el empleador que pretende culminar el contrato de trabajo luego de quedar debidamente perfeccionado.

En esa línea, es conveniente mencionar la opinión vertida por el reconocido laboralista Jorge Toyama Miyagusuku comentando la casación N° 7095-2014 Lima, donde explica que si existe un daño que merece indemnización antes del inicio de una relación laboral o del vencimiento del periodo de prueba, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización diferente a la regulada por la legislación laboral (1.5 sueldos por año laborado con el tope de 12 remuneraciones), ya que diversos fallos de la Corte Suprema han determinado que los daños y perjuicios no se limitan a la legislación laboral, sino que se aplica supletoriamente el Código Civil.

Así, al haberse probado que el trabajador es incentivado a renunciar a un cargo anterior en otra empresa para incorporarse a un puesto ofertado, y luego es cesado, durante el periodo de prueba, por su nuevo empleador sin explicarse el motivo, existe un daño que debe ser reparado (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015).

2.2.5 Estabilidad laboral

La estabilidad laboral se erige como un elemento importante para dar seguridad a los trabajadores relacionado con la permanencia en su puesto de trabajo. Por ende, algunos doctrinarios con respecto a la estabilidad laboral mencionan los siguiente:

Para el tratadista La pouble Chero señala: “La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación que hagan imposible su continuación” (LA POUBLE CHERO, 1998,pág.54).

Mientras que para Mario Deveali citado por Cuba Velaochaga; la estabilidad “es el derecho del trabajador a conservar su puesto dentro de toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiera el derecho a la jubilación, a no ser por alguna causa taxativamente determinada” (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 71).

De estos conceptos se puede concluir que el rasgo distintivo de la estabilidad laboral es el derecho del trabajador a permanecer en su puesto de trabajo, y que tal permanencia estará protegida, salvo que esté incurra en alguna de las causales de despido contempladas en la ley. En ese sentido la estabilidad laboral entrega a la relación laboral la característica de permanencia, en donde la finalización del vínculo laboral depende de la voluntad del trabajador y solamente de manera excepcional de la voluntad del empleador.

Por otro lado, la recomendación N° 119, adoptada por la 47 reunión de la conferencia internacional del trabajo, llevada a cabo en 1963, señalo que “el empleador no debería proceder a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o servicio” (DIAZ AROCO, 1987, págs. 44-45).

Sin embargo el principio de estabilidad laboral no limita de forma alguna la posibilidad de que el empleador pueda concluir la relacion laboral, sino que limita esta facultad a situaciones que justifiquen esta medida.

Pero la estabilidad al igual que otros temas dentro del ambito laboral no se ecuentra exento de polemica, confrontandose fundamentos a favor o en contra; para quienes la defienden afirman que

las necesidades básicas de subsistencia tales como la salud, alimentación, educación, vivienda, etc; son cubiertas con el producto del trabajo dependiente remunerado. Entonces si las necesidades básicas son permanentes, tiene que también serlo el medio lícito que las financia. Mientras que los que están en contra aducen que no se debe buscar la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo, sino que se debe buscar la estabilidad del puesto de trabajo, por ello se deben otorgar condiciones al empresario para que pueda mantener o incrementar los puestos de trabajo, también exponen que la llamada estabilidad absoluta, solo protege a los malos trabajadores, y que los empresarios buscaran siempre retener a los buenos trabajadores.

En nuestro país la estabilidad laboral a largo de los años ha tenido diverso tratamiento así antes de 1928 no existió una verdadera estabilidad laboral, pero fue con la llegada del gobierno militar en la década de los 70^s que tomó relevancia, con la promulgación del decreto ley N° 18471, que implantó la estabilidad laboral absoluta; pero ya en la segunda etapa del gobierno militar de esta década específicamente en 1978 se estableció en el Perú la estabilidad relativa, con dación del decreto ley N° 22126, que facultaba a los empleadores a rescindir los contratos de trabajo, suscritos a partir de la entrada en vigencia de esta norma con el requisito de un preaviso de 90 días o el pago de un justiprecio de este plazo, además restringía al empleador la facultad de despedir a tres años, luego de este periodo el trabajador alcanzaba la estabilidad absoluta, por lo que muchos empleadores daban por terminado el vínculo laboral antes de los 3 años; llegada la década de los 80^s y con la vigencia de la constitución de 1979 que restablecía la estabilidad absoluta que en su artículo 48° señalaba: «El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada»¹⁰; fue durante gobierno del extinto presidente Alan García Pérez, que se derogó el decreto ley N° 22126, y promulgó la ley N° 24514, reafirmando el sistema de la estabilidad absoluta. Con la llegada del gobierno del expresidente Alberto Fujimori, se volvió a la estabilidad laboral relativa con la entrada en vigencia de la ley de Fomento del empleo, decreto legislativo N° 728(hoy D.S N° 002-97-TR y D.S N° 003-97-TR, *ley de promoción y Formación laboral y ley de Productividad y competitividad laboral*). La constitución vigente(1993) no la ha contemplado, por lo que no tiene rango constitucional en cambio ha sido reemplazado por la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Por su parte el tribunal constitucional ha tenido una variada y en algunos casos contradictoria jurisprudencia para resolver las demandas de amparo, así tenemos que en la sentencia Exp.N° 0025-2007-PI, el tribunal expresa: «según la doctrina (...) la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la *estabilidad laboral de entrada*, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal; (...)y por otro lado la *estabilidad laboral de salida*, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado»¹¹. En esa misma línea el TC explica «el derecho a la estabilidad laboral como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no vulnere su contenido esencial, así (...) mediante este precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir el derecho a *no ser despedido arbitrariamente*. Solo reconoce el derecho del trabajador a la *protección adecuada* contra el despido arbitrario»¹².

En conclusión podemos afirmar que la estabilidad que predomina en nuestro país es la estabilidad laboral relativa, por tanto producto del mandato constitucional consagrado en el artículo 27° de la constitución política¹³, la elección del nivel de protección, la causalidad del despido y el

¹⁰ **Artículo 48° constitución política del Perú de 1979:** El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

¹¹ **STC Exp.N° 0025-2007-PI, f.j.109.**

¹² *Ibidem*, f.j.110.

¹³ **Artículo 27° constitución política del Perú:** La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

procedimiento para la terminación de la relación laboral están contemplados en la ley de productividad y competitividad laboral el D.S 003-97-TR.

2.2.6 El despido

A opinión del reconocido tratadista Neves Mujica la ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el D.S 003-97-TR, acoge el concepto estricto de despido: *terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, ante un motivo imputable al trabajador. Quedan, por tanto, fuera del término, los ceses por causa objetiva* (NEVES MUJICA, 2015).

Por otro lado, para Arce Ortiz “el despido es aquella forma de extinción del contrato de trabajo que se produce por voluntad unilateral del empleador. Es por ello, la que expresa, de manera más evidente, la contraposición de intereses entre el empleador y trabajador” (citado por JARA BAUTISTA, 2017, pág. 186)

En ese orden de ideas para el maestro Guillermo Cabanellas señala que “el despido es un derecho potestativo que tiene el empresario para denunciar la relación laboral; deriva de un acto de su voluntad unilateral por el cual pone fin a la relación de trabajo” (citado por CUBA VELAOCHAGA, 2017,pág.59).

En ese sentido VELAOCHAGA, señala que coincide con lo expresado por Cabanellas , “ en el referido que (...) no califica al despido como un simple “acto unilateral”, sino como un “derecho del empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo de modo unilateral.

Coincidimos con esta apreciación, porque si bien es cierto el despido es un derecho del empleador, tal como alude Cabanellas, el mismo no es un derecho absoluto, ya que posee limitaciones; sin embargo, dichas limitaciones no anulan su calidad de derecho” (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 60).

Haro Carranza establece una clasificación del despido según lo estipulado en la legislación laboral en :

-) *Despido legal*: es un despido libre, porque no requiere expresión de causa, es decir el empleador está facultado para decidir libremente la extinción de la relación de trabajo en forma unilateral, se da específicamente dentro del periodo de prueba legal o convencional y no acarrea consecuencias indemnizatorias.
-) *Despido arbitrario*: Es aquel que lo realiza el empleador sin que este de por medio una causa justa.[según ley] el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización (...) que consiste en el pago de una remuneración y media por cada año de servicios prestados con un tope de 12 remuneraciones.
-) *Despido nulo*: Es el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios, tales como afiliación o la participación de actividades sindicales; ser candidato o representante laboral; presentar quejas o participar en procesos contra el empleador ante las autoridades competentes; discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma; por embarazo dentro del periodo de gestación o hasta 90 días después de parto; por ser portador de SIDA; por ser discapacitado (HARO CARRANZA, 2016, pág. 243).

Como hemos podido apreciar el despido importa una situación problemática dentro de la relación laboral que se presenta como una etapa de mayor aflicción para el trabajador, quien ve truncada sus aspiraciones personales como consecuencia directa de la falta de ingresos económicos, por tanto repercute en todos los ámbitos de su vida pero con mayor incidencia en el familiar; por ello es conveniente que la aplicación de dispositivos legales que regulan el despido procuren establecer procedimientos que aseguren que el fin de la relación laboral se debió a causas debidamente

justificadas contempladas en la norma y no solo a la libre voluntad del empleador, en cualquier estadio del vínculo laboral.

2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Empleador:** Patrono, persona que emplea remuneradamente con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 298).
- **Eficacia:** Consiste en el logro de la conducta prescrita; en concordancia entre la conducta querida por el orden [normativo] y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 141).
- **Jurisprudencia:** La interpretación de la ley hecha por los jueces. Conjunto de sentencias que determinan un criterio a cerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 221).
- **Acto jurídico:** Todo hecho productor de efectos para el derecho se denomina *hecho jurídico*; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina *acto jurídico* (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 23).
- **Juris tantum:** Se designa así a las presunciones legales contra las cuales cabe prueba en contrario (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 220).
- **Ad solemnitatem:** Es la formalidad impuesta por la ley para la validez del acto jurídico, y no solamente para su prueba (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2002, pág. 26).
- **Ad nutum:** A gusto, a voluntad [del empleador] (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS G, 2002, pág. 25).
- **Contratos sujetos a modalidad:** Por remisión contrato modal, que se define “contrato cuya utilidad estriba en su adecuación funcional para regular aquellas labores que ameritan una vigencia determinada, sea por la presencia de necesidades circunstanciales (por requerimientos del mercado o exigencias productivas de la empresa), transitorias (por la naturaleza temporal o accidental del servicio u obra) o permanentes, pero con periodos de inactividad (actividades intermitentes o de temporada) (VALDERRAMA et al., 2016, pág. 122).
- **Remuneración:** Pago que recibe el trabajador como contraprestación por el desempeño de un servicio de modo subordinado (VALDERRAMA et al., 2016, pág. 343).
- **Indemnización:** Suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado, debiendo existir una relación directa entre hecho causante y daño causado para determinar la responsabilidad del agente (VALDERRAMA, et al., 2016, pág. 217).
- **Trabajador de dirección:** Según el artículo 43° primer párrafo define; “El Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial” (D.S N° 003-97-TR., 1997).
- **Trabajador de confianza:** El artículo 43° segundo párrafo define; “Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de

dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales” (D.S.N° 003-97-TR, 1997).

2.4 MARCO REFERENCIAL

2.4.1 CONTRATO DE TRABAJO

2.4.1.1 Evolución histórica

El contrato de trabajo a lo largo de la historia ha tenido diferente tratamiento [en el Perú como en otros países] el contrato de trabajo fue considerado como una modalidad del contrato de servicios; pero tanto los contratos de servicios y el contrato de obra son de naturaleza civil.

El código civil peruano promulgado en 1936, en relación al contrato lo legisla en su artículo 1572 << por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo personal, por tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de un salario >>.

así mismo [el mismo artículo] legisla << el contrato de trabajo sea individual o colectivo, supone el pago del salario en dinero o efectivo; la jornada máxima de 8 horas de labor, el descanso semanal; la prohibición de trabajo de los menores de edad de dieciocho años, condicionado a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero, la indemnización por accidentes, los seguros obligatorios y la intervención del estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes>> (DÍAZ y BENAVIDES 2016, pág.307).

Actualmente el artículo 1351¹⁴ del código civil establece que << el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial>>, mientras que, en la vigente constitución de 1993, en el artículo 1° dispone << la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado>>, más adelante el mismo cuerpo constitucional establece en su artículo 22¹⁵ << El trabajo es un deber y un derecho. Es bienestar social y un medio de realización de la persona>>.

Finalmente, con la dación del decreto legislativo 728 “ley de fomento del empleo”, y su texto único ordenado el D.S 003-97-TR, que en su artículo 4¹⁶ <<En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado>>, regulación que trataremos más adelante a detalle

¹⁴ **Artículo 1351° Código civil peruano:** El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

¹⁵ **Artículo 22° constitución política del Perú:** Protección y fomento del empleo El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. ... Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

¹⁶ **Artículo 4:** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

2.4.1.2 Concepto de contrato de trabajo

El contrato de trabajo es un acuerdo entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág.65).

En esta misma línea la jurisprudencia nacional a través de la cortes superiores plantea una definición en los siguientes términos, “ este colegiado define al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador quien a su vez obliga a pagarle una remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración”¹⁷.

En tanto que el máximo intérprete de nuestra constitución con relación al contrato de trabajo conceptúa “el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar servicios al empleador de manera personal y directa a cambio de una remuneración. El vínculo de subordinación jurídica implica que el trabajador debe prestar sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”¹⁸.

De lo expuesto anteriormente el elemento medular que determina la existencia de un contrato de trabajo lo constituye la subordinación o dependencia, ya que ello otorga al contrato el carácter de laboralidad, pasible de protección tuitiva por la normatividad laboral.

En este mismo sentido el laboralista Neves Mujica concluye que “la subordinación conlleva un poder jurídico. Por tratarse de un poder, su ejercicio no es obligatorio para quien lo ostenta. El empleador puede decidir si los ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y la diversidad de trabajadores. Por ejemplo, los trabajadores menos calificados o de una sección neurálgica podrían ser sometidos a un control mayor.

Pero, además, ese poder es jurídico. Interesa para configurarlo la ubicación de una de las partes de la relación laboral frente a la otra, no la situación socioeconómica ni la prestación técnica de aquellas (NEVES MUJICA, 2018, pág. 37).

2.4.1.3 Elementos esenciales del contrato de trabajo

De la lectura del artículo 4^o¹⁹ del D.S N° 003-97-TR, TUO del D.L N° 728, se desprenden elementos característicos que evidencian la existencia de una relación contractual de naturaleza

¹⁷ **Exp. N° 4875-2001.** B. E (s), de 29-01-2002, f.j.3. Tercera sala laboral. Corte de justicia de Lima

¹⁸ **STC.Exp N° 04755-2007-PA/TC**

¹⁹ **Artículo 4:** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

laboral, existe consenso en establecer que son tres los elementos esenciales, la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración.

En cuanto a la prestación personal, Arce Ortiz expresa “el servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe entenderse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir debe ser este quien preste los servicios sin intermediarios (ARCE ORTIZ, 2013, pág.81).

En la misma línea para el tratadista Toyama Miyagusuku, afirma “(...) un contrato de trabajo es personalísimo – intuitu personae- y no puede ser delegado a un tercero. Los servicios que presta un trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso del trabajo familiar)” (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág.67).

Por otro lado, el laboralista Neves Mujica expone que “la relación se desnaturaliza si el trabajador contrata a sujetos que lo apoyen o reemplacen en su obligación. Aquí encontramos nuevamente diferencias cruciales con los contratos de locación de servicios y de obra” (NEVES MUJICA, 2018, pág. 33).

Siguiendo a este mismo autor concluye que “(...) de lo expuesto se desprende que, si el trabajador se incapacita para el cumplimiento de su actividad, de manera temporal o definitiva, o fallece, la relación laboral se suspende o se extingue, según los casos (artículos 12 y 16 de LPCL)” (NEVES MUJICA, 2018, pág.34).

El otro elemento de presencia sustancial en todo contrato de trabajo lo constituye la subordinación o dependencia, que según la jurisprudencia nacional “ (...) implica la presencia de facultades de dirección, normativa y disciplinaria del empleador frente a un trabajador, las mismas que se manifiestan, en la exigencia de cumplimiento de un horario y una jornada de trabajo o en determinados periodos de tiempo en los que el trabajador pone a disposición del empleador su tiempo, por disposición impuesta por el empleador, así como la sumisión o sujeción del trabajador a las directrices que le dicte el empleador”²⁰.

Siguiendo la misma línea Blancas Bustamante afirma que “el elemento decisivo en la noción de subordinación es, por consiguiente, el hecho de que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, (...) situación está que se verifica plenamente cuando el primero realiza su trabajo dentro del marco de la organización empresarial de la que es titular el segundo, lo cual, ello permite distinguir en última instancia el trabajo subordinado del trabajo autónomo o por cuenta propia (BLANCAS BUSTAMANTE, 2016, pág.94).

Finalmente el último elemento evidenciador de una relación contractual de naturaleza laboral se presenta con la remuneración que en palabras de Díaz Aroco “remuneración constituye el íntegro de la contraprestación en dinero o en especie, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de libre disposición del trabajador, que el empleador debe pagar al trabajador en forma periódica y/o lapso determinado en el contrato de trabajo o la ley pertinente, por los servicios recibidos” (DÍAZ y BENAVIDES, 2016, pág.316).

Por otro lado el pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios. Por ello, una persona no encaja dentro del ámbito de aplicación la LPCL, si el servicio tiene solo fines no productivos (beneficios por ejemplo) o si el empresario compensa ciertos gastos (como ocurre por ejemplo en la entrega de vestimenta apropiada

²⁰ **Exp: 9424-2015-0-1801-JR-LA-03.** Fundamento 23. Tercer juzgado especializado de trabajo permanente. Corte superior de justicia e Lima.

para el cumplimiento de la labor, pago de movilidad y en general [todo] lo que no constituya beneficio ni ventaja patrimonial para el trabajador (ARCE ORTIZ, 2013, pág. 83).

A manera de conclusión en la generalidad de casos el trabajador en un proceso judicial o inspectivo de trabajo debiera demostrar la presencia de los tres elementos presentes en una relación contractual de carácter laboral. Sin embargo la ley N° 29497 nueva ley procesal del trabajo, el demandante solo debiera probar los elementos de prestación personal de servicios y la remuneración, mientras que la subordinación se presume de la presencia de los otros elementos, corresponderá al demandado o sea el empleador probar que no existió subordinación (TOYAMA y VINATEA RECOBA, 2013, pág. 14-15).

2.4.1.4 Características del contrato de trabajo

De la definición que la LPCL otorga al contrato de trabajo²¹, se puede colegir las siguientes características:

- a) **Es consensual:** Ya que es suficiente que la expresión de las partes se haya dado y que, como consecuencia de ello, se dé inicio también a la relación laboral para que el contrato dependiente tenga plena vigencia y validez en el tiempo, al corresponder al contrato de trabajo uno de ejecución continuada: la consensualidad permite identificar el punto de partida del contrato y su ejecución lo que se denomina relación laboral (GOMEZ VALDEZ, 2016, pág. 189).
- b) **Es oneroso:** En razón de que la contraprestación de la labor genera una retribución a cargo de sus beneficiario que es el empleador, y que servirá al trabajador para resolver sus problemas materiales y espirituales de subsistencia puntualizado por el [primer párrafo] del artículo 24²² de la constitución política (GOMEZ VALDEZ, 2016, pág. 190).
- c) **Es sinalagmático:** Significa que las partes convienen en prestaciones recíprocas. Los trabajadores se obligarán a realizar un trabajo convenido, y los empleadores se obligarán a pagar una remuneración estipulada. El empresario estará obligado al pago del salario, siempre y cuando se haya prestado el servicio por parte del trabajador (HARO CARRANZA, 2016, pág. 98).
- d) **Es personal:** El contrato de trabajo en cuanto se refiere al trabajador se caracteriza fundamentalmente por el elemento *intuitu personae*, (...) el contrato de trabajo se celebra precisamente en atención de las cualidades personales, morales, al nivel de preparación, capacitación experiencia del ... trabajador (DIAZ y BENAVIDES, 2016, pág. 333).

²¹ **Artículo 4:** En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

²² **Artículo 24°:** El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. 10 El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

- e) **Es de tracto sucesivo:** Puesto que el contrato de trabajo no se agota en un solo acto, sino que comporta una yuxtaposición de actos por parte de los sujetos de la relación laboral, lo cual brinda continuidad al contrato a través del tiempo (VALDERRAMA, et al., 2016, pág. 120).

- f) **Es subordinado:** Esta circunstancia lo distingue de las actividades independientes o autónomas (...). El trabajador por el contrato de trabajo se coloca bajo las órdenes del empleador, quien, en base a sus poderes de dirección, de organización y disciplina (art 9° del TUO-LPCL-D. L 728) le dirá de qué manera habrá de ejecutarse dentro o fuera de la empresa, durante la jornada de trabajo y mientras subsista la relación laboral (GOMEZ VALDEZ, 2016, pág. 191).
- g) **Es conmutativo:** (...) porque supone el pleno conocimiento de las partes de sus obligaciones y derechos tanto por parte del empleador y trabajador (DIAZ y BENAVIDES, 2016, pág. 337).
 (...) Por este principio se prevé de antemano la ejecución real del contrato de trabajo en el tiempo, y cada una de las partes se obliga a dar o a hacer o a no hacer una cosa cierta, a cambio de una contraparte (GOMEZ VALDEZ, 2016, págs. 191-192).

2.4.1.5 Clasificación

Los empleadores y trabajadores pueden establecer vínculo laboral mediante la celebración de tres tipos de contratos:

- a) *Contrato a tiempo indeterminado:* El contrato a tiempo indeterminado es aquel que se celebra entre un trabajador y un empleador, ya sea de manera escrita o verbal sin señalar plazo de vencimiento del contrato, entendiéndose que en toda prestación de servicios que reúna los elementos esenciales de la relación laboral, [se presume legalmente] que estamos ante un contrato de trabajo a tiempo indeterminado (TOYAMA y VINATEA, 2013, pág. 16).
- b) *Contrato sujeto a modalidad, plazo fijo o plazo determinado:* Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades de mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se [ejecutará] (Actualidad Jurídica, 2019, pág. 215).

	Por inicio de nueva actividad	Es aquel que se celebra motivado por la constitucion de la empresa, al inicio de la actividad productiva la posterior instalacion o apertura de nuevos establecimientos o mercados , el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes.				
De naturaleza temporal	Por necesidades de mercado	Es aquel que se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción, originados, por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que forman parte de la ctividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente.				
	Por reconversion empresarial	Es aquel que se celebra debido a la sustitucion, ampliación o modificacion de las actividades desrrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnologico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de produccion, sistemas, metodos y procedimientos productivos y administrativos				
	Ocasional	Es aquel que se celebra con el objeto de atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.				
De naturaleza accidental	De suplencia	Es el celebrado con la finalidad de sustituir a un trabajador estable, cuyo vinculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en los dispositivos legales y convencionales vigentes.				
	De emergencia	Es aquel que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor.				
	Para obra determinada o servicio especifico	Es aquel celebrado para la realizacion de una obra o servicio previamente establecido y de duracion determinada.				
Para obra o servicio especifico	intermitente	Es el que se celebra para cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas				
	De temporada	Es el que se celebra con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas épocas del año y que estan sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo en funcion de la naturaleza de la actividad productiva.				

Tabla 2.1: “contratos sujetos a modalidad”

Fuente: contratos sujetos a modalidad (Actualidad jurídica N°302, 2019)

- c) *Contratos a tiempo parcial:* contrato de trabajo por el que se acuerda la obligación del trabajador de prestar servicios durante una jornada inferior a la ordinaria, de acuerdo a los parámetros establecidos legalmente. Se considera jornada parcial cuando la jornada semanal dividida entre seis o cinco días, según corresponda, resulte en promedio menor a cuatro horas diarias (VALDERRAMA,et al., 2016, pág. 112).

Con relación a las formalidades y límites, consideramos que la norma prevé que los contratos se suscriben necesariamente por escrito (art 13° de la LPCL). En nuestra opinión, estamos ante una formalidad esencial que importa la observancia del requisito, pues las normas laborales son imperativas. (...) si no se cumple esta formalidad, el trabajador tendrá derecho a percibir todos los [beneficios laborales de un trabajador a tiempo completo] (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág. 79).

2.4.1.6 Regulación del contrato de trabajo en el Perú

La regulación del contrato de trabajo en nuestro país ha tenido una muy variada regulación normativa, así como dispersa, en palabras de Gómez Valdez, “(...) en todo caso, la reciente sistematización armónica [aparece] con la dación del D.Leg. 728. De otro lado, la legislación del contrato dependiente como en el viejo continente fue encargada inicialmente al código civil, siendo el de 1936 que, por primera vez, le otorgo una [regulación] expresa en sus arts. 1571° y 1572°.

Este tratamiento legal disperso, a pesar de los esfuerzos legislativos traídos entre manos por el original D. Leg. N° 728, no ha podido abanicar en un solo cuerpo legal a todos los contratos de trabajos existentes como sería de esperar; [sin embargo la norma] sigue habitando con fragmentada normatividad especial, y habrá que mantenerse como tal hasta que se dicte el código de trabajo o la ley general del trabajo” (GOMEZ VALDEZ, 2016, págs. 77-78).

En este mismo sentido el connotado laboralista Neves Mujica con ocasión de exponer un balance de la reforma laboral emprendida en los 90^s manifiesta, “la llamada ley de fomento del empleo, aprobada por el decreto legislativo N° 728 (noviembre de 1991), que luego se desdobló en la ley de formación y promoción laboral, de un lado, y la ley de productividad laboral, del otro (marzo de 1997). Esta norma se ocupa de cuestiones claves en las relaciones laborales, como la contratación temporal y las causas, procedimientos y acciones frente a la extinción de los vínculos.

(...) Pues bien, en este campo la reforma ha atravesado tres etapas, cada una de ellas menos protectora que la anterior: noviembre de 1991, julio de 1995 y octubre de 1996”²³.

Por otro lado, haciendo un desarrollo detallado de la regulación actual del contrato de trabajo, nos lleva al texto único ordenado de la ley de productividad y competitividad laboral el D.S. N° 003-97.-TR; el cual en lo relacionado al contrato de trabajo norma de manera general los elementos esenciales, la presunción para la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el capítulo I, el periodo de prueba en el capítulo II, la suspensión del contrato de trabajo (sus modos y causas de suspensión en el capítulo III, en el capítulo IV legisla: la extinción del contrato de trabajo, las causas justas de despido relacionadas con la capacidad y con la conducta del trabajador, las faltas graves, inhabilitación que justifica el despido, el despido nulo, los actos de hostilidad equiparables al despido; en el capítulo V precisa los derechos del trabajador, el capítulo VI: las situaciones especiales relativas al personal de dirección y a trabajadores de confianza, en el capítulo VII, lo relativo al cese colectivo por causas objetivas; el título III, legisla los contratos sujetos a modalidad.

²³ NEVES MUJICA, Javier. *Breve balance del proceso de reforma laboral de los noventa*. En Comentarios a la ley de productividad y competitividad laboral: 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual. Gaceta jurídica. Lima-Perú. 2016. Pág. 21.

2.4.1.7 Tratamiento constitucional y judicial del contrato de trabajo.

El tratamiento jurisprudencial que le ha sido otorgado al contrato de trabajo ha sido abordado por las distintas instancias de la judicatura nacional, según el tribunal constitucional para determinar la existencia o no de una relación de trabajo se debe evidenciar ciertos rasgos de laboralidad así en el caso *Pedro Jesús Huamán Curioso* expone lo siguiente : “*Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes, encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud*”²⁴.

Por otro lado la corte suprema de justicia de la república señalo : “ *Que el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos substanciales, los cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil*”²⁵.

Como se puede observar a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales, el contrato de trabajo, debe tener como componentes sustanciales, que resumiendo son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, este último determinante y típico en toda relación contractual de naturaleza laboral, y todo ello debe observarse tomando como base la realidad de hechos en la cual se desenvuelve la labor del trabajador, es aquí donde emerge uno de los principios de mayor importancia como lo es el principio de primacía de la realidad que trataremos a continuación.

2.4.1.8 El principio de la primacía de la realidad en el contrato de trabajo

Desde una definición tradicional el principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, contratos o acuerdos en general, debe preferirse lo primero, es decir, aquello que realmente ocurre (PLÁ RODRIGUEZ, 1960, pág. 247).

Para Toyama Miyagusuku, menciona que para apreciar la existencia de lo que sucede en la realidad, por ejemplo, en la manera como se ejecuta un contrato de locación de servicios no personales, se suelen analizar las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo.

Algunas manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo –remuneración, prestación personal y subordinación, son por ejemplo la entrega de boletas de pago, (...) vacaciones, etc. [Por el lado de la] dependencia, concesión de licencias, (...) descuentos por tardanza, (...) inclusión dentro de la jerarquía u organigrama de la institución (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág. 102).

²⁴ EXP.N° 04718-2016-PA/TC [caso Pedro Jesús Huamán Curioso], de 19/04/17.fj.7.

²⁵ CAS.N° 1581-97-Lima. Sala de derecho constitucional y social de la corte suprema. Considerando 03.

Por otro lado, Neves Mujica, afirma que: (...) el juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido. (...) lo común, sin embargo, es que la elaboración del disfraz de la verdad se materialice con la intervención de la voluntad formal el trabajador, aunque la real sea contraria (y por ello, denuncia luego el hecho), o que se forme con la voluntad única del empleador y que aquel le cause perjuicio al trabajador (NEVES MUJICA, 2018, pág. 42).

El principio de primacía de la realidad encuentra asidero legal inicialmente en el artículo I de título preliminar de la ley 29497 nueva ley procesal del trabajo, donde establece que el proceso laboral se inspira entre otros en el principio de veracidad que en el ámbito procesal no sería otra cosa que la materialización de este principio. Mientras que el artículo III de T.P del mismo cuerpo legal regula que los jueces deben procurar alcanzar, la igualdad real de las partes, privilegiando el fondo sobre la forma.

La regulación inspectiva de trabajo contenida en el decreto legislativo N° 910, ley general de inspección de trabajo y defensa del trabajador, también contiene como uno de sus principios generales al de primacía de la realidad.

Finalmente, en la actualidad, la ley N° 28806 establece una definición del principio, regulando que “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados²⁶.

2.4.2 EL PERIODO DE PRUEBA

2.4.2.1 Antecedentes históricos del periodo de prueba en el Perú

El tratamiento legislativo del periodo de prueba en el Perú ha sido modificado en varias ocasiones en espacios de tiempos cortos, así tenemos que inicialmente el periodo fue de tres meses según lo establecía el decreto legislativo N° 18471 emitido el 10/11/1970. Posteriormente con la entrada en vigencia a partir del 21/03/1978, del decreto legislativo N° 22126 que en su artículo 2° inciso b, el periodo se amplió a tres años.

Con la constitución de 1979, que en su artículo 48°, consigno expresamente el derecho a la estabilidad laboral, remitiendo para su reglamentación legislativa, la que se cumplió con la promulgación de la ley N° 24514 en 1985, la que nuevamente reestableció a tres meses el periodo de prueba (art 2°); y en plena vigencia de dicha constitución, fue promulgado el decreto legislativo N° 728 “ley de fomento del empleo” el 08/11/1991, modificado por el decreto legislativo N° 765 , art 43°, del 03/11/1991, creando un periodo de prueba “a la medida”, situación que se vio agravada aún más con dación de la ley N° 26513,(TUO-LFE-728), y después con el decreto supremo N° 003-97-TR (Ley de productividad y competitividad laboral, Texto único ordenado del D.L 728°) esta última regulación adecua este periodo en función de los requerimientos de las empresas y según el cargo que ocupe el trabajador contratado, aceptando que el mencionado periodo sea de hasta seis o doce meses, según se traten de trabajadores calificados o de dirección (art 10°, in fine, del D.L 003-97-

²⁶ **Artículo 2.2 de la ley N° 28806, “ley general de inspección del trabajo”:** Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo:

(...) Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

TR). Según el cuerpo legal antes mencionado para estos últimos casos la ampliación del periodo de prueba deberá constar por escrito.

Por su parte, el reglamento del TUO de la ley de fomento del empleo aprobado por decreto supremo N° 001-96-TR, modificado por decreto supremo N° 011-2001-TR, regula el periodo de prueba en su artículo 16²⁷ los casos de suspensión o reingreso del trabajador, mencionando que en estos casos se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba legal, además establece que no corresponde tal acumulación cuando el trabajador haya reingresado a un puesto notoria y cuantitativamente distinto al que ocupó previamente, o que tal reingreso se haya producido pasado tres años del cese. Por otro parte siguiendo la misma línea el artículo 17²⁸ regula el exceso de periodo de prueba, estableciendo que todo exceso que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.

2.4.2.2 Concepto

La doctrina laboral ha esbozado diferentes formas de conceptualizar a este periodo, así Montoya Melgar citando a Plá Rodríguez lo define: “como el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula” (MONTAYA MELGAR, 2005, pág. 23).

Para Cabanellas, lo define como “la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, con las prestaciones del otro contratante” (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 1988, pág. 74).

En nuestro ámbito nacional el reconocido laboralista Blancas Bustamante lo conceptúa como: “Una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral – empleador y trabajador – se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio – antes de otorgar a dicha relación, un grado mayor de permanencia y seguridad (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 161).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado al respecto, definiendo al periodo de prueba “[como el lapso de tiempo] durante el cual el empleador evalúa el desempeño del trabajador en un determinado puesto de trabajo”²⁹.

En ese mismo sentido la corte suprema de la república en referencia a este periodo menciona que: “podemos decir del periodo de prueba que viene a ser la etapa inicial del contrato de trabajo, cuya finalidad consiste en probar las cualidades del trabajador, resultando razonable determinar que

²⁷ **ARTÍCULO 16° “Reglamento del TUO de la ley de fomento del empleo, D.S N° 001-96-TR:** En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese

²⁸ **ARTÍCULO 17° “Reglamento del TUO de la ley de fomento del empleo, D.S N° 001-96-TR** El exceso del período de prueba que se pactará superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.

²⁹ **Exp.N° 1057-2002-AA/TC**[caso Marco Antonio Lovera Chauca], de 29/01/2003, fj.2,3 y 4.

la resolución del contrato, durante dicho periodo, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas para la empresa no hayan sido superadas por el trabajador”.

Finalmente podemos colegir que el periodo de prueba es un espacio de tiempo dentro de la relación laboral cuya finalidad principal es de evaluar la idoneidad y cualidades del trabajador en el puesto de trabajo, y de parte de este último la conveniencia de quedarse o no en dicho puesto, donde además cualquiera de las partes puede sin mayor rigurosidad dar por finalizado el vínculo contractual.

2.4.2.3 Naturaleza jurídica

Díaz Aroco, acertadamente con relación a la naturaleza de este periodo expresa, “que el periodo de prueba implica un periodo de inestabilidad de la relación jurídica laboral, la relación entre el periodo de prueba y el derecho a la estabilidad laboral es consustancial, ya que superado dicho periodo, el trabajador alcanza el derecho a la estabilidad laboral (DÍAZ y BENAVIDES, 2016, pág. 365).

Sin embargo, a lo largo del tiempo se han planteado distintas posiciones doctrinarias con relación a la naturaleza jurídica de esta institución, así tenemos las siguientes:

- a) **contrato de preliminar o precontrato:** por la cual una o ambas partes se comprometen a celebrar posteriormente otro contrato, el llamado principal. No hay dos contratos sino un solo vínculo, situación más de destacar, si se considera que la antigüedad del trabajador es una sola, por quedar absorbido prácticamente el segundo contrato por el primero; al que se le atribuiría en realidad, dentro de esta tesis, un simple carácter provisional (CABANELLAS Guillermo, 1968).
- b) **contrato de trabajo especial:** Según referencia en su tesis Asquerino Lampero, los máximos exponentes de esta teoría son RODRÍGUEZ PIÑERO y BAYÓN CHACÓN. Ambos encuadran el contrato de prueba en una categoría de contratos mixtos³⁰. clasificados en “contratos de trabajo común y contratos de trabajo especiales”.

De esta manera, el intercambio de salario por actividad laboral tendría un valor accesorio siendo el principal ingrediente del contrato celebrado a prueba la realización del experimento al que se comprometen las partes. Se puede evidenciar que razón fundamental del contrato es el experimento otorgándosele a este la causa de su suscripción, mientras que la retribución económica y prestación del servicio son elementos auxiliares³¹.

En la propia definición del concepto encuentra esta línea de pensamiento su principal debilidad de cara a resistir las críticas de otros sectores doctrinales (ASQUERINO LAMPARERO, 2015, pág. 43).

Pero esta teoría al igual que Martin Valverde también es criticada por De Val Tena, quien considera que hablar de dos momentos jurídicos distintos no corresponden a la realidad jurídica,

³⁰ **BAYÓN CHACÓN G**, “Contratos especiales de trabajo. Concepto”, en VV.AA., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo* Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1965, pág.10, que clasificó a los contratos de trabajo en contratos de trabajo común y contratos de trabajo especiales

³¹ **MARTÍN VALVERDE, A.:** *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., pág.200 “la tesis del contrato de prueba incurre en el defecto de sobrevalorar indiscriminadamente el papel del experimento hasta convertirlo en elemento de la causa, e incluso en elemento principal de la misma, al que está subordinado el propio funcionamiento del intercambio trabajo-remuneración, definitorio del tipo “contrato de trabajo común”.

“ya que cuando el trabajador continúa prestando sus servicios laborales al empleador no hay más que un contrato, y este es el mismo desde que el trabajador ingresó en la empresa”.

Asimismo, considera que no debemos olvidar que el acuerdo inicial de voluntades es la única fuente constitutiva de la relación entre las partes durante y al final de la prueba (DE VAL TENA, 1998, pág. 47).

Para finalizar desde nuestra posición creemos que esta teoría no se ajusta a la realidad ya que el contrato de trabajo se constituye en una sola unidad contractual, no existiendo dos momentos diferentes, ya que el vínculo laboral se mantiene bajo los mismos términos al superar dicho período.

- d) **Contrato de condición resolutoria:** Esta teoría plantea que, si una de las partes considera que hay elementos suficientes para rescindir el contrato *ante tempus*, simplemente el derecho a la protección aludida no sería alcanzable, porque, *ipso facto*, se extinguiría el contrato (GOMEZ VALDEZ, 2016, pág. 720).

Sin embargo, esta teoría también tiene detractores, en ese sentido BALLESTER PASTOR niega que sea una condición resolutoria por no depender de “factores externos sino de la exclusiva voluntad de una de las partes” (BALLESTER PASTOR, 1995, pág. 14).

En esa misma línea, Haro Carranza, manifiesta que, el empleador es el juez supremo y único detentor de la decisión de reconducir o rescindir el contrato de trabajo durante el período de trabajo. En tal sentido, la tesis de la condición resolutoria para definir el carácter de dicho período no sería aceptable en nuestra legislación (HARO CARRANZA, 2016, pág. 125).

- e) **La condición suspensiva:** Nos encontramos ante una condición de esta naturaleza en los supuestos en los que el nacimiento de la relación depende del efectivo cumplimiento de la condición. Entender el período de prueba como condición suspensiva, supone afirmar que el contrato de trabajo durante este intervalo se encuentra en suspenso, no se ha perfeccionado, toda vez que se halla pendiente de resultado satisfactorio de la condición (la prueba) (JARA BAUTISTA, 2017, págs. 57-58).

Por otro lado, Val Tena, es crítico de esta teoría señalando, en definitiva, “no es el período de prueba una fase de pura expectativa de efectos contractuales porque las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador surgen desde el comienzo de aquél, y desde ese momento son exigibles, sin esperar al cumplimiento de la condición” (DE VAL TENA, 1998, pág. 49).

A manera de conclusión en torno a la naturaleza del período de prueba, es pertinente citar a Jara Bautista (2017), quien a su vez cita a Cáceres Paredes quien refiere que “en nuestro ordenamiento jurídico laboral el referido período laboral no opera como un pacto de prueba, esto es, como un acuerdo que las partes pueden consensuar. En nuestra normativa laboral, el período de prueba se aplica sin importar si este es declarado expresamente, o si las partes han dejado constancia por escrito de su existencia.

Es por ello que, en principio, se podría invocar el período de prueba para dar por terminado el vínculo laboral sin la formalidad que la normativa exige (preaviso o pagos indemnizatorios, entre otros)”³²

³² CÁCERES PAREDES, Joel. *La ampliación del período de prueba*. Lima. Dirección de políticas y normativas de trabajo del MTPE. 2006.P.3. Recuperado de http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_56/doc_boletin_56_1.pdf

2.4.2.4 Fundamentos del periodo de prueba

En su tesis de maestría Mas Lozada³³, nos plantea que, para establecer los fundamentos del periodo de prueba, se debería realizar previamente una revisión semántica de la acepción, llegando a definir al término “fundamento”, como el principio o la base de una cosa³⁴; de lo que colige que, aplicando esta definición al ámbito jurídico, se podría entender como la razón o motivo por la cual se instituyo en el ordenamiento la institución llamada periodo de prueba.

En ese sentido Asquerino Lampero en su tesis doctoral³⁵ plantea lo siguiente: En un mundo como el actual en el que nos encontramos ante una mano de obra cada vez más especializada, formada y cualificada, los talentos que no se pueden valorar a través de la aportación de títulos expedidos por entidades oficiales constituyen (...) los rasgos que se valorarán por los empresarios, [capacidades personales del trabajador] y se observan necesariamente con el efectivo ejercicio de la actividad prestacional, no previamente a su concertación.

Bajo el sentido Jara Bautista expresa, “estamos ante un elemento de trascendental importancia en el contrato de trabajo, pues nos permitirá conocer y comprobar, en plazo determinado de tiempo, si el trabajador contratado reúne las competencias requeridas y adecuadas para el puesto para el cual fue contratado, vale decir si se ajusta a las necesidades y expectativas del empleador, asimismo el trabajador podrá evaluar las condiciones en que se desarrolla la relación laboral y si estas satisfacen sus aspiraciones personales y profesionales” (JARA BAUTISTA, 2017, págs. 62-63)

Siguiendo esa misma línea Blancas Bustamante menciona, “esta finalidad [el conocimiento y evaluación mutua entre empleador- trabajador], se cumple independientemente de las normas protectoras contra el despido injustificado que puedan establecerse, como lo demuestra el hecho de que en muchos ordenamientos que carecen de un sistema de estabilidad laboral han instituido, sin embargo un periodo o contrato de prueba” (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 161-162).

De esta manera, el periodo de prueba se concibe como el instrumento útil para “corregir, en su caso, posibles errores in eligendo, ya sean consecuencias de conductas maliciosas, ya simples efectos no conocidos hasta entonces”³⁶; de esta forma, el periodo de prueba “juega como un modo de eliminación de riesgos empresariales”³⁷, reduciendo “determinados costes de transacción del contrato de trabajo”³⁸

³³ **MAS LOZADA, A.** (2018). “*El periodo de prueba en el derecho laboral peruano: alcances, límites y consecuencias de su aplicación irregular*”. Tesis. Magíster en derecho del trabajo y de la seguridad social. Pontificia Universidad Católica del Perú. Repositorio digital de tesis PUCP. Pág. 62.

³⁴ **PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO.** Ediciones LAROUSSE. 1981. París – Francia. Pág. 487.

³⁵ **ASQUERINO LAMPERO, M.J** (2015). “*El periodo de prueba en los contratos de trabajo*”. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla-España. Repositorio digital Universidad de Sevilla. Pág. 54. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/34788/El%20per%C3%ADodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1>

³⁶ **DE VAL TENA, A.L.** (1998): “*Pacto de prueba y contrato de trabajo*”. Pág. 82.

³⁷ **STSJ Asturias de 30 de diciembre de 1994** (AS 1994/4703); **STSJ Islas Canarias de 15 de septiembre de 2000** (JUR 2000/300306).

³⁸ **MARTÍN VALVERDE, A.:** “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio (BOE, 15 de agosto)”. Actualidad Laboral, N° 12, Sección Estudios, diciembre 2014, pág. 1352, Ed. LA LEY [en línea]. Disponible en La Ley 7948/2014. Estos costes se refieren a la “realización de pruebas de aptitud precontractuales más exigentes”.

2.4.2.5 Utilidad del periodo de prueba

El período de prueba es una herramienta especialmente útil para el empresario quien tiene, durante su transcurso, la posibilidad de extinguir sin causa la relación laboral. De esta manera, el período de prueba reportará al empresario la oportunidad de comprobar si el primer juicio acerca del trabajador resultó o no acertado; pero, profundizando en el entendimiento del destino y la utilidad que presta la prueba, se puede afirmar que es el instrumento más adecuado para que el empresario pueda constatar ya no solo que su trabajador es técnicamente hábil (aspecto este que podría valorarse a través de otros medios diferentes y anteriores a la contratación) sino si las cualidades personales que ofrece el trabajador son también las adecuadas para la prestación de servicios que se le encomienda (ASQUERINO LAMPARERO, 2015, pág. 62).

La utilidad del periodo de prueba en una relación laboral según Bautista Jara, “radica en que tanto el trabajador como el empleador no son del todo sinceros en momentos previos a la celebración del contrato de trabajo, con relación al caso del trabajador ese siempre tratará de dar una buena impresión. (...) sucede lo mismo con el empleador, quien tratará de dar una buena imagen institucional.

(...) En muchas ocasiones los actores de la relación laboral podrán comprobar que las condiciones ofertadas por ambas partes no se ajustan a la realidad, es en ese momento en que el periodo de prueba resultará determinante del futuro de la relación laboral” (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 63).

Por último, el empleador no podrá interrumpir la experimentación de la relación de trabajo antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador, mientras que éste, conservando por supuesto íntegra su libertad de desistimiento, no deberá ejercerla de forma abusiva o emulativa –sin notificación, e incluso, cabría pensar, en ciertas ocasiones, sin preaviso (MARTIN VALVERDE, 1976, pág. 218)

2.4.2.6 Derechos que se ejercen durante el periodo de prueba

Hay empleadores que suelen asumir que durante el periodo de prueba no es obligatorio registrar al trabajador en la planilla, pues indican que los derechos laborales se generan recién después de superado dicho periodo y que por tanto le corresponde tenerlos bajo la modalidad de pago por recibos por honorarios. No obstante, cabe mencionar que lo correcto es darle de alta al trabajador en la planilla el mismo día en que inicia sus labores. Pues el vínculo laboral no se inicia luego del periodo de prueba, sino previa suscripción del contrato de trabajo y desde el primer día de labores (TARAZONA PINEDO, 2018).

a) Derecho a la seguridad social

Los empleadores deben registrar a cada uno de sus trabajadores y derecho-habientes ante Essalud. Esta obligación se cumple mediante el alta del trabajador en el T-Registro. como sus derecho-habientes. Actualmente este seguro se encuentra a cargo del empleador, quien deberá pagar mensualmente a Essalud un monto equivalente al 9% de la remuneración del trabajador.

Por otro lado, el empleador tiene la obligación de retener mensualmente un porcentaje de la remuneración del trabajador por concepto de aporte pensionario. El trabajador elegirá si aporta al sistema nacional de pensiones (ONP) o al sistema privado de pensiones (AFP).

b) Compensación por tiempo de servicios

De acuerdo con la Ley de CTS. TUO del D.Leg. N° 650. aprobado por el D.S. N° 001-97-TR (01-03-97), los trabajadores adquieren derecho a la CTS a partir de un mes de labor. Cumplido dicho requisito la CTS se devenga desde el primer día de servicios.

Es decir, un trabajador en periodo de prueba tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios, solo si labora un mes o más (si renuncia o es despedido con menos de 30 días de labor no tiene derecho a CTS). Pero cumplido el requisito de un mes, la CTS se le pagará por todo el periodo laborado es decir desde el primer día de trabajo.

Su finalidad es prevenir las contingencias que origina el cese del vínculo laboral, económicamente constituirá un ahorro forzoso.

c) Derecho a vacaciones

Las vacaciones son el derecho que tiene todo trabajador a disfrutar 30 días calendario de descanso físico remunerado por cada año completo de servicios, para el caso del régimen MYPE, solo tendrán derecho a 15 días calendario.

El derecho vacacional se encuentra regulado en el decreto legislativo N° 713 “Ley de Descansos Remunerados”, como también en su reglamento el D.S N° 012-92-TR, artículo 11°.

“Para este efecto, el referido record vacacional se computará desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador (se incluye de este modo el periodo de prueba) (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág. 432).

Sin embargo, si el trabajador cesa en el periodo de prueba tendrá derecho al pago del récord trunco vacacional, si ha laborado por lo menos un mes. De cumplir este requisito, le corresponde el pago del récord trunco vacacional desde el inicio de la prestación del servicio a razón de tanto dozavos y treintavos de un dozavo de su remuneración mensual ordinaria como meses y días hubiera laborado (OBREGON SEVILLANO, 2015, pág. 2).

d) Gratificaciones

Las gratificaciones legales se otorgan dos veces al año por conceptos de fiestas patrias y navidad. Se pagan en la quincena de julio y diciembre, en razón a una remuneración completa en cada oportunidad y por mes calendario completo laborado, de acuerdo al artículo 6° de la ley N° 27735.

Asimismo, es necesario que el trabajador deba contar como mínimo un mes de servicios antes del mes en que corresponda el pago de la gratificación (TOYAMA MIYAGUSUKU, 2015, pág. 315).

Por lo que el trabajador en periodo de prueba que cumpla el primer mes efectivo de trabajo tendrá derecho a éste, asimismo si se encuentra laborando en la oportunidad del pago de la gratificación, sea la de Navidad o Fiestas Patrias, tendrá el derecho al pago de esta (OBREGON SEVILLANO, 2015, pág. 2).

e) Otros beneficios

Del mismo modo también le corresponderá al trabajador en periodo de prueba el pago de la asignación familiar si tuviese hijos a su cargo, pago de las utilidades por el periodo laborado, los descansos en feriados, el pago por las horas extras que hubiera efectivamente laborado, etc.

2.4.2.7 Elementos que caracterizan al periodo de prueba

Alonso García³⁹, citado por Jara Bautista (2017), refiere que los elementos son los sujetos, objeto, la causa y la forma.

-) **Sujetos:** Son sujetos del contrato de prueba de allí donde éste aparece como relación autónoma, pues el problema no ofrece dificultad ninguna donde se trata de un contrato de trabajo sometido a la condición de prueba, los mismos del contrato laboral, es decir empresario y trabajador.

Dado el carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo, y la finalidad esencial del contrato de prueba, es lógico pensar en la vinculación entre sujetos de una y otra relación se convierte en identidad de los mismos.

El pacto de prueba persigue siempre la comprobación de unas aptitudes y se constituye como un medio de carácter accesorio no principal, (...) donde los que inician el contrato de trabajo son los mismos que posteriormente han de acordar un contrato de valor y carácter definitivo.

-) **Objeto:** Si el objeto del contrato es la materia sobre la cual éste versa, la del contrato de prueba se identifica, desde luego, con la de contrato de trabajo, consiste en la prestación de servicios, en cuanto resultado valorable a los efectos de una ulterior decisión (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 64).

Es claro, por otra parte, que esa prestación, en cuanto constituye el objeto del contrato, forma parte del contenido de una obligación y, desde este punto de vista, ha de ser lícita, posible y determinada o determinable (ALONSO GARCIA, 1975, pág. 461)

En cambio, el fin es, precisamente, la comprobación de si las prestaciones objeto del contrato satisfacen, en sus resultados, la media de los deseos de las partes a los efectos de la convalidación de una relación amenazada, mientras tanto, de provisionalidad (ALONSO GARCIA, 1975, pág. 461)

-) **Causa:** Si aceptamos la configuración del contrato de prueba como relación autónoma y la noción de causa como función económica social asignada por el ordenamiento jurídico a cada tipo de negocio no basta con referirse al cambio de prestación de servicios por prestación remuneratoria (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 65).

A ello debe añadirse, como función que se une - incluso sobreponiéndose a la anterior, pero sin desaparecer esta - *el valor instrumental de la experiencia*, de prueba en suma, que el mencionado intercambio de prestaciones tiene el contrato de prueba y que no guarda, por el contrario, en el contrato de trabajo puro (ALONSO GARCIA, 1975, pág. 462).

³⁹ ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso del derecho del trabajo*. Quinta edición. Editorial Ariel. Barcelona-España, 1975. Pág. 458.

J **Forma:** El pacto de prueba-Cláusula de prueba o condición de prueba- es evidente que habrá de adoptar la forma que adopte el contrato de trabajo de que forme parte, verbal, si verbal éste, escrita, si escrito el mismo. En este sentido, subsigue a la relación que integra" (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 65).

2.4.2.8 Formalidad del periodo de prueba

Las formalidades que se establece para el periodo de prueba estará de acuerdo a la forma que adopte el contrato esto es será verbal, si es contrato lo es, y será escrito si el contrato también es escrito.

En lo que corresponde a las formalidades para la celebración del periodo de prueba, nuestra legislación vigente muestra una exigencia relativa o parcial. En efecto, a diferencia de la legislación española, que es especialmente exigente con la formalidad de la celebración expresa o escritural, la nuestra exige esta formalidad únicamente para la ampliación del periodo de prueba (párrafo final del artículo 10° del D.S N° 003-97-TR) (LOZADA MAS, 2018, pág. 37).

No obstante, como ya hemos precisado la no consideración expresa del período de prueba pactado, verbal o escrito, no implica su inexistencia, toda vez que, al ser una figura implícita en toda relación laboral, para estos casos será de aplicación el plazo previsto por la ley. (...) por lo que ante cualquier omisión que se incurriera al momento de celebrarse el contrato, será de aplicación las normas previstas por la Ley (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 67).

Guerrero señala a "diferencia de la legislación española, nuestra normatividad laboral no exige como requisito de validez del Período de Prueba, su manifestación expresa en el contrato de trabajo, por lo que no podríamos decir que estamos frente a un acto jurídico ad *solemnitatem* (GUERRERO GONZALES, 2012, pág. 3).

2.4.2.9 Duración del periodo de prueba

De acuerdo al artículo 10° del D.S 003-97-TR, el periodo de prueba tiene una duración de tres meses, cuya superación otorga al trabajador la protección frente al despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral el referido periodo de prueba no opera como un pacto de prueba, esto es, como un acuerdo que las partes pueden consensuar. En nuestra normativa laboral, el periodo de prueba se aplica sin importar si este se ha declarado expresamente, o si las partes han dejado constancia por escrito su existencia.

Es por ello que, en principio, se podría invocar el periodo de prueba para dar por terminado el vínculo laboral sin la formalidad que la normativa exige (preavisos o pagos indemnizatorios, entre otros) (CACERES PAREDES, 2006, pág. 5).

El periodo de prueba, en la generalidad de los casos, es de tres meses, sin embargo, el empleador y el trabajador pueden pactar un plazo mayor, si las labores a realizar requieren de un periodo de capacitación o adaptación superior a los tres meses. También puede pactarse un mayor plazo, si la naturaleza de las labores o el grado de responsabilidad del trabajador justifican tal ampliación), tal como el caso de trabajadores calificativos o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 80).

Es importante anotar también, que este plazo de naturaleza convencional que prevé nuestra normativa laboral, en la praxis no resulta ser tal. Lo que en verdad acontece en los hechos, es que el empleador consigna de manera anticipada y obligatoria el plazo de seis meses o un año, sin que el

trabajador tenga la oportunidad de dar su conformidad a dicha cláusula. [De esta manera se impone la voluntad del empleador] (CASTILLO MONTOYA, 2009, pág. 24).

En ese sentido refiere Cáceres (2006) (...) la ampliación del periodo de prueba, además de operar para ciertos supuestos de trabajo excepcionales, estos deben encontrarse corroborados con la realidad de los hechos y no con lo descrito en los documentos o acuerdos de las partes.

Reiteramos la importancia del principio de la realidad en este caso. Es decir, aunque las partes aleguen que la labor a desempeñar requiere la ampliación del periodo de prueba, si es que en la realidad se verifica que el puesto a desempeñar sólo requiere el periodo de prueba ordinario (3 meses), entonces debe prevalecer este sobre aquella ampliación.

2.4.2.10 El periodo de prueba según el tipo de trabajadores

Se desprende de la segunda parte del artículo 10° del D.S. N° 003-97-TR, para el caso de trabajadores calificados o de confianza, el periodo de prueba no podrá exceder los 06 meses. Para ello es importante definir los dos tipos de trabajadores arriba mencionados, por tanto, los trabajadores calificados son aquellos que realizan oficios técnicos y que requieren de cierta calificación, como por ejemplo los mecánicos, electricistas, choferes, técnicos e informática y/o personas que requieren una calificación universitaria para ocupar determinados cargos, etc.

El personal de confianza está conformado por los trabajadores que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con sus representantes, teniendo acceso a información reserva o a secretos industriales, comerciales o profesionales. El trabajo de secretariado es el típico caso de personal de confianza; puede serlo también el personal doméstico, de seguridad, etc.

Por otro lado, la misma norma establece que para el personal de dirección el periodo no podría exceder a un año, este personal está conformado por los representantes del empleador, como es el caso de los gerentes, subgerentes, contadores, jefes de personal doméstico, de seguridad, etc.

Para todos los casos deberá constar por escrito la ampliación y deberá elaborarse al inicio o durante el periodo legal, no existiendo presunción legal alguna al respecto.

2.4.2.11 Exoneración del periodo de prueba

La legislación vigente, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no contempla ningún caso de exoneración del periodo de prueba como si lo establecía el derogado Artículo 44° del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

En efecto, la LFE estableció las siguientes exoneraciones:

- 1) Los trabajadores que ingresan por concurso. El Artículo 11 ° del Reglamento estableció que dicho concurso merecía necesariamente una " ... convocatoria expresa, efectuada con la participación de dos o más personas y que se evalúe los requisitos correspondientes de acuerdo a las bases previamente establecidas", de ahí que una simple entrevista personal, la entrega de currículums o una prueba individual y privada no determinaba la satisfacción de este requerimiento.
- 2) "Los reingresantes al servicio del mismo empleador, salvo que el trabajador reingresase a un puesto notoria y cualitativamente distinto al que ocupara anteriormente".
- 3) "Aquellos que hayan estipulado expresamente".

Consideramos que todavía mantendría su vigencia la exoneración estipulada por las partes contratantes.

2.4.2.12 El derecho del trabajador al superar el periodo de prueba

Superado el período de prueba de tres meses, o el período ampliado, le corresponde al trabajador el "derecho de protección contra el despido arbitrario". Significa ello que, si el empleador quisiera rescindir el contrato de trabajo, tendrá que pagarle al trabajador, además de los beneficios de ley, una indemnización por despido arbitrario.

Anteriormente, bajo la vigencia de la Ley N° 24514 y el original Decreto Legislativo N° 728 se señalaba el derecho a la estabilidad laboral una vez superado el período de prueba. Es decir, el trabajador no sólo tenía la protección contra el despido arbitrario, ilegal, abusivo, etc., sino que, tenía el derecho a la reposición al trabajo, por haber sido despedido injustamente, al mismo cargo ocupado antes de producirse el cese.

Ahora, el trabajador que haya superado el referido período, sólo cuenta con la protección contra el despido arbitrario. Esto significa que cuando éste es afectado solamente se le brinda la oportunidad de ser indemnizado, salvo el caso del despido nulo, en el que sí es procedente la reposición al trabajo.

Mas Lozada en su tesis de maestría menciona que, con la protección [actual] contra el despido arbitrario, al trabajador solamente se le brinda la posibilidad de indemnizarlo, salvo el caso del despido nulo y el fraudulento, en los que sí es procedente la reposición en el trabajo.

En tal sentido, si operase un despido arbitrario luego de superado el periodo de prueba, lo que corresponderá será el pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada mes y días laborados en el caso de un contrato de plazo indeterminado y de una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, al tratarse de un contrato de plazo fijo.

En cambio, si se operase los llamados despidos inconstitucionales (nulo, incausado y fraudulento, acorde con la nueva tipología de despido del TC), lo que deberá imponerse será la reposición, si así lo pretende el trabajador afectado (MAS LOZADA, 2018, págs. 42-43).

2.4.2.13 El periodo de prueba en los contratos sujetos a modalidad

De acuerdo con el artículo 75° de la ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR). en los contratos sujetos a modalidad (plazo fijo) rige el periodo de prueba legal o convencional, es decir de tres meses.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el periodo de prueba solo rige en el primer contrato, si posteriormente se renueva o prorroga el contrato, el trabajador ya no debe cumplir con dicho periodo (OBREGON SEVILLANO, 2015).

2.4.2.14 Extinción del periodo de prueba

Respecto a la extinción del período de prueba, comenta GUERRERO GONZALES (2012), la doctrina sostiene que aquella está sujeta a un régimen excepcional. En efecto y conforme se ha señalado anteriormente, las partes en cualquier momento del período de prueba pueden resolver el contrato de trabajo, sin incurrir en responsabilidad; de manera que no será necesario esperar el vencimiento del plazo pactado para el Período de Prueba.

Ahora bien, la doctrina es unánime al señalar que los vínculos que se establecen entre el trabajador y su empleador durante el Período de Prueba son extremadamente frágiles.

De esta manera, el empleador podrá dar término al contrato de trabajo durante la vigencia del período de prueba incluso por motivos extraños a esta (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 92).

Al respecto De Ferrari señala, “esto parece no estar conforme a las bases del orden jurídico, porque los derechos que derivan de los contratos deben ser respetados y el trabajador, por eso mismo, tiene el derecho a disfrutar de la totalidad del plazo que en cada profesión se considera necesario para demostrar si se tiene o no la eficiencia aducida (DE FERRARI, 1969, pág. 73).

2.4.2.15 Regulación del periodo de prueba en el derecho comparado

a) En España:

El Periodo de Prueba se encuentra normado en el artículo 14° del Estatuto de Trabajadores, donde no existe un plazo de tiempo fijo para el Periodo de Prueba, pudiendo establecerse libremente por la voluntad de las partes y en atención a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. A falta de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

Es también necesario indicar que el mismo cuerpo legal en su artículo 15^{o40} establece que en el caso de los contratos temporales de duración determinada que no excedan los seis meses, el periodo de prueba no podrá ser superior a un mes, aunque el convenio podría modificarlo y sería lo que diga este último lo que prevalecería.

b) En Colombia:

En Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo, señala que todo contrato de trabajo contempla un periodo de prueba, el cual tiene como objetivo que las partes conozcan sus cualidades y condiciones, y se evalúen entre sí, para luego determinar la conveniencia o no de continuar con el contrato de trabajo.

El artículo 76° del Código Sustantivo del Trabajo, define el periodo de prueba como "*la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo*".

Estipulación del periodo de prueba

1) El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

⁴⁰ **Artículo 15. Duración del contrato.**

1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada. (...)

2. Adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

2) En el contrato de trabajo de los servidores domésticos se presumen como período de prueba los primeros quince (15) días de servicio. (Art. 77 C. S.T).

Duración del periodo de prueba: El período de prueba no puede exceder de dos (2) meses. (aquí notamos la gran diferencia con nuestra legislación que lo extiende a 3 meses).

2.4.3 LA ESTABILIDAD LABORAL

2.4.3.1 La estabilidad laboral a nivel constitucional

El artículo 27° de la Constitución prevé que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

A diferencia de la Constitución de 1979⁴¹, el texto de la Constitución Política de 1993 no hace mención expresa al derecho a la estabilidad laboral, limitándose a aludir únicamente a la "adecuada protección contra el despido arbitrario" (estabilidad laboral de salida).

Sin embargo, si bien el artículo 27° de la Constitución solo alude a la estabilidad de salida, ello no implica que no se reconozca la estabilidad de entrada, ya que la primera presupone esta última. Como bien se ha señalado, no puede existir estabilidad de salida sin estabilidad de entrada y viceversa (NEVES MUJICA, 1995, pág. 48).

Asimismo, a diferencia de la Constitución de 1979, que sí consagraba la estabilidad laboral absoluta que importa la nulidad del despido y la reposición del trabajador, la Constitución de 1993 no la contempla ni señala el grado de tutela, sino que delega al legislador el diseño del modelo de protección contra el despido arbitrario (ALARCON SALAS, et al., 2016, pág. 335).

Con relación a este último punto, Vinatea Recoba (2004) afirma lo siguiente: "El artículo 27° de la Constitución establece que será la Ley la que provea la adecuada protección, y al hacerlo está admitiendo que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22° no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional (retrotraer las cosas al estado anterior de la violación), sino cualquier otro.

Si no fuera así, hubiera bastado con que el constituyente regulara el derecho al trabajo en el artículo 22° y remitiera todo grado de protección al mismo artículo 200° de la misma Constitución, referido a garantías constitucionales. No lo hizo, y ello no es casual.

En resumen, lo que exige la Constitución es una protección adecuada contra el despido. El contenido de dicha protección, siguiendo lo previsto en la Constitución y las normas internacionales, puede tener un contenido diverso (reposición, indemnización, seguro de desempleo u otra forma de protección) y no único (ALARCON SALAS, et al., 2016, págs. 336-337).

2.4.3.2 Naturaleza jurídica de la estabilidad laboral

Numerosos tratadistas afirman que la estabilidad laboral le permite al trabajador y a su familia un mínimo de condiciones de vida estable, por cuanto, la estabilidad alcanzada por el trabajador que superó los requisitos exigidos por la ley o cuando un empleador y un trabajador celebran un contrato de trabajo a plazo indeterminado lo hacen con la intención de otorgarle un carácter duradero, obviamente pudiendo el trabajador dar por concluido esta relación cuando consigue un mejor empleo, actuando de acuerdo a ley para conservar sus derechos a los beneficios

⁴¹ **Artículo 48°:** El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

sociales en caso le corresponda y pudiendo despedirlo el principal, sólo si sobrevienen situaciones que hacen imposible la continuación de la relación laboral y que previamente se encuentren calificadas por la ley como causa justa de la extinción de la relación laboral.

Francisco De Ferrari considera que “el empleador no debe tener ejercicio tan libre para despedir y que el trabajador es titular del derecho a un mínimo de condiciones de vida estable” (DE FERRARI, 1969, pág. 182).

Para Mario de la Cueva la estabilidad constituye «un derecho para el trabajador y nunca un deber» (DE LA CUEVA, 1978, pág. 219): “; se debe por ello entender que el derecho que tiene el trabajador de permanecer estable en su trabajo se desprende de determinadas condiciones como la libertad del hombre frente al hombre, buena fe, realización eficaz de la labor y buen estado de salud físico y mental; más tampoco la estabilidad constituye una imposición para el empleador, es importante que exista una compatibilización de intereses entre ambos, para el logro del rendimiento óptimo del trabajador que permita a la empresa alcanzar mayor producción y productividad en beneficio así mismo de los trabajadores y del desarrollo socioeconómico del País.

2.4.3.3 Definición

La estabilidad constituye el principio de permanencia en el empleo que tiene como objeto otorgar a los trabajadores mejores garantías y protección contra la inestabilidad, otorgarles la seguridad de un ingreso que les permita mantener la solidez de su núcleo familiar.

Este derecho laboral no impide de modo alguno la posibilidad de que el empleador pueda terminar la relación laboral, sino que únicamente limita esta facultad del empleador a situaciones que justifiquen esta medida (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 72).

Para el maestro Guillermo Cabanellas, nos dice “la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer en especialísimas circunstancias” (CABANELLAS, 1984, pág. 560).

Por otro lado el reconocido laboralista Blancas Bustamante, afirma que en la causalidad del despido, como factor legitimador de la voluntad extintiva del empleador, radica el primero de los elementos que integran el contenido a la estabilidad laboral (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 116).

2.4.3.4 Fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral

Según los defensores de la estabilidad laboral, ésta se justifica en razón a que las necesidades básicas de subsistencia, como son la salud, la educación, la vivienda, la alimentación, etc., son habitualmente satisfechas con el producto del trabajo dependiente remunerado. Si las necesidades básicas son de carácter permanente, entonces el medio lícito de financiarlas debe también tener el mismo carácter de permanente.

Los que opinan en contrario manifiestan que no se debe buscar la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo, sino que se debe buscar la estabilidad, pero del puesto de trabajo más no de la persona, para lo cual se deben dar las condiciones para que el empresario pueda invertir en mantener los puestos de trabajo o incrementarlos. También manifiestan que la estabilidad absoluta solo protege a los malos trabajadores y ningún empresario podría despedir a un buen trabajador.

a) El principio protector y la protección frente al despido

La transcendencia individual y social que, indudablemente, reviste el despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que solo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad (BLANCAS BUSTAMANTE, 2015, pág. 109).

b) El principio de conservación en el empleo

Según De Buen Lozano, el derecho al trabajo se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo (De Buen Lozano, 1981, pág.80)

c) El principio de continuidad

Comenta BLANCAS refiriéndose al “Principio de Continuidad”, que: “La estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presume, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido ad nutum si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar (BLANCAS BUSTAMANTE, 2015, pág. 126).

2.4.3.5 Clases de estabilidad laboral

a) Según el grado de libertad que tenga el empleador para resolver la relación laboral

a.1) Estabilidad absoluta

Ocurre cuando el trabajador, después de pasar un período de prueba no puede ser despedido por el empleador, salvo que incurra en una causal de falta grave y demostrada ante la Autoridad Judicial competente. En caso de no probarse la falta grave el trabajador tiene expedito su reposición en el mismo puesto de trabajo.

a.2) Estabilidad relativa

Ésta se produce cuando el empleador está facultado para resolver el vínculo laboral sin causa justificada, solo con el pago de una indemnización especial u otorgándole a él un plazo determinado con preaviso. También se da la estabilidad relativa cuando, impugnado el despido del trabajador y resuelto judicialmente a favor de éste, el Juez no puede ordenar la reposición sino solo el pago de una indemnización especial

b) Según la amplitud del derecho a la estabilidad

b.1) Estabilidad de entrada

Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida. En los contratos de trabajo, hay estabilidad de entrada una vez superado el periodo de prueba (como regla es de tres meses, salvo en el caso de los Trabajadores de Confianza y de Dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente) (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 89).

b.2) Estabilidad de salida

Es la protección frente al término de la relación laboral y ésta solamente puede darse por causales taxativas.

La estabilidad laboral de salida constituye una protección frente al término de la relación laboral. Implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca una causa justa que permita terminarlo. En ese sentido, la potestad del empleador para finalizar la relación laboral se configura como un poder excepcional al que solo puede recurrirse en caso exista una causa justa prevista en la ley (VILLAVICENCIO RIOS, 2013, pág. 319).

Según su eficacia protectora, la estabilidad laboral de salida puede ser calificada como absoluta (cuando conlleva necesariamente la reposición) o relativa (que importa protecciones distintas como, por ejemplo, la indemnización) (ALARCON SALAS, et al., 2016, pág. 334).

2.4.4 EL DESPIDO ARBITRARIO O INJUSTIFICADO

2.4.4.1 Antecedentes en Latinoamérica sobre protección frente al despido

Al referirnos a los antecedentes sobre protección frente al despido arbitrario, debemos indefectiblemente hacer referencia a la constitución mexicana de 1917.

En efecto la asamblea de Querétaro de 1917, la misma que fuera convocada durante el gobierno del presidente Venustiano Carranza se creó una nueva institución en el derecho al trabajo, la cual era denominada *estabilidad laboral*. Este instituto fue la primera forma de protección frente al despido que se da en el derecho del trabajo y que consiste en que ningún trabajador pueda ser despedido, sino es por causa justa (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 85).

Al respecto Mario de la Cueva, nos dice lo siguiente: “La idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista” (DE LA CUEVA, 1978, pág. 219).

Según Blancas Bustamante , “se trató, sin duda, de una idea pionera que a pesar de su contenido avanzado procedió a la consagración legal de muchos otros derechos laborales que hoy aceptamos como normal. Baste señalar que cuando México consagro la estabilidad laboral como derecho constitucional, en el Perú no se había reconocido, todavía, la jornada máxima de ocho horas(lo que ocurrió recién por decreto supremo de 15 de enero de 1919).

(...) En la definición de este derecho [encontramos los elementos configuradores de la estabilidad laboral estos son:] a) la exigencia de causa justificada para despedir al trabajador, y b) el derecho del trabajador injustamente despedido a continuar laborando en la empresa mediante la obligación del empleador de “cumplir el contrato” salvo que el propio trabajador acepte el hecho del despido y reclame una compensación económica por su carencia de justificación” (BLANCAS BUSTAMANTE, 2013, pág. 94).

Para el tratadista brasileño Bronstein, a partir de la década de los veinte diversas legislaciones latinoamericanas empezaron, inspiradas en la norma mexicana, al establecer disposiciones legales que, de otra manera, limitaban la potestad del empleador de poner término al contrato de trabajo sin causa justificada⁴² (BRONSTEIN S, 1990, pág. 270).

Pese a lo indicado para el doctrinario brasileño Russomano⁴³ citado por Cuba Velaochaga sostiene: “Que en el Brasil el antecedente de la estabilidad laboral se encuentra en la legislación de los funcionarios quienes adquirirían la estabilidad laboral luego de diez años de ejercicio efectivo del cargo” (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 86).

2.4.4.2 Antecedentes en Perú

El derecho del liberalismo económico del siglo XIX, expresado en el código civil francés de 1804 recogido en nuestro código civil de 1852, facultaba al empleador a poner fin al contrato de obra o de locación de servicios en cualquier momento, como una manifestación de la libertad de contratación.

En 1902 el código de comercio siguió la misma senda, aunque atenuando la fuerza de la ruptura al indicar en su artículo 296° lo siguiente: “*En los casos en los que el empleo no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación*”.

Después con la dación de la ley N° 4916 del 07 de febrero de 1924, dispuso que cuando el contrato no tuviese duración determinada cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido con un aviso de 90 días el empleador y 40 días el empleado.

Recién en 1931, la ley N° 7455, se dan los primeros visos de estabilidad laboral, con el establecimiento de la estabilidad para los empleados públicos, pero dicha ley fue desestimada por el congreso constituyente de 1933. Pero, en 1950 con el decreto ley N° 11377, se instaura nuevamente la estabilidad a los empleados públicos, y ello fue reproducido en el decreto legislativo N° 276.

Posteriormente el 30 de abril de 1965, se promulgo la ley N° 15542 que dispuso que las únicas causas de rescisión del contrato de los empleados con más de 20 años de servicios al mismo empleador y de las empleadas con 15 años, serían el incumplimiento esencial del contrato de trabajo, el abandono y las faltas graves señaladas en el artículo 294° del código de comercio, u otra de análoga gravedad comprobadas y calificadas por el ministerio de trabajo. Esta fue la primera forma de

⁴² Además de la ley federal del trabajo de México, que desarrollo el precepto constitucional, en Brasil, entre 1932 y 1935 se dictaron normas de estabilidad laboral y lo propio ocurrió en Argentina a partir de 1940. En ambos países se han producido un retroceso, modificándose o derogándose dicha legislación. Fuera de América Latina, en España, el decreto del 23 de agosto de 1932 estableció, en las empresas públicas, la banca y otras, un régimen de estabilidad laboral con reinstalación obligatoria a elección del trabajador.

⁴³ **RUSSOMANO MOZART, V.** “La estabilidad del trabajador en la empresa”. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1981. Pág. 69.

protección frente al despido que se dio una la legislación nacional (CUBA VELAOCHAGA, 2017, págs. 86-87).

2.4.4.3 Evolución histórica en el Perú.

La protección legal contra el despido arbitrario empezó con la dación del decreto ley N° 18471 del 10 de noviembre de 1970, el cual estableció que los trabajadores de la actividad privada obtuvieran el derecho a la estabilidad en el trabajo al imponer que el empleador carecía de la facultad de poner fin a la relación laboral por su sola voluntad y que, si la causa justa del despido no resultaba probada por el empleador, el trabajador debía ser reintegrado en su empleo habitual.

Posteriormente se promulgó el decreto ley N° 22126 del 21/2/1978, que dispuso que los trabajadores que no tenían, en ese momento, aun tres meses de labor y los que ingresaran posteriormente, podrían ser despedidos a voluntad del empleador durante un plazo de tres años a partir de su ingreso, vencido los cuales recién adquieren el derecho a la estabilidad laboral.

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1979, se reconoce el derecho a la estabilidad en su artículo 48° que disponía que: *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”*.

Derecho cuyo reconocimiento no fue formulado en términos programáticos, ya que no dejó a ley determinar el contenido concreto de este derecho, sino que efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución, por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional (SANGUINETTI RAYMOND, 1989, págs. 82-135).

Sin embargo, esta norma constitucional no fue aplicada y se continuó aplicando el Decreto Ley N° 22126, hasta que se dio la Ley N° 22514 del 4 junio de 1986, que retornó el régimen de estabilidad, luego de pasar el periodo de prueba de tres meses.

Posteriormente, en el año 1990, fueron cambiando las disposiciones de la Ley N° 22514, siendo reproducida casi el íntegro de la norma en el Decreto Legislativo N° 728. Finalmente, con la Constitución de 1993 se pasa del modelo de estabilidad absoluta al modelo de estabilidad relativa, aplicando el modelo de la mínima protección (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 88).

2.4.4.4 Definición del despido

El despido es el ejercicio de la facultad del empleador de dar por terminada la relación laboral que mantiene con determinado trabajador. Sin embargo, frente a esta facultad se erige la garantía de la estabilidad laboral, toda vez que, en último término, esta se concibió para limitar o restringir dicha facultad, de modo que solo pueda ejercerse cuando medie causa justificada.

El modelo de estabilidad laboral vigente de un ordenamiento dependerá de la forma de protección establecida frente a un despido injustificado. Así, si bien se establece una restricción a la facultad extintiva del empleador, a la misma vez se prevé un mecanismo de reparación cuando esta se ejerza sin mediar causa justificada (FERRO DELGADO, 2019, pág. 140).

Montoya Melgar⁴⁴, citado por Arévalo Vela (2016), el acto de despido debe revestir las siguientes características:

⁴⁴ MONTOKA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 22ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 463-464.

- a) *Es un acto unilateral*: Pues la extinción del contrato de trabajo se origina en la sola voluntad del empleador, sin tener en cuenta la del trabajador, quien la mayoría de las veces tiene una actitud contestataria a la decisión de su principal.

Debemos dejar claro que el carácter unilateral del despido no desaparece en aquellos casos en que el empleador deba solicitar a la autoridad competente permiso previo para terminar la relación laboral, tal como ocurre en los ceses colectivos, pues, aún en estos casos la decisión de finiquitar el contrato de trabajo depende del empresario.

- b) *Es un acto constitutivo*: Por cuanto la decisión del empleador tiene carácter constitutivo dando por concluida la relación laboral, aun cuando exista un exceso patronal, sea porque la causa invocada no resulta suficiente para justificarlo o simplemente porque no existe.
- c) *Es un acto recepticio*: El despido solo tendrá efectividad a partir de que el trabajador afectado toma conocimiento del mismo. Una vez que el trabajador ha sido comunicado de su despido, no es posible la revocación del mismo, salvo que el empleador y el trabajador estén de acuerdo.
- d) *Es un acto extintivo*. La decisión del empleador extingue a futuro los efectos del contrato de trabajo. Como hemos dicho anteriormente, el despido produce efectos a partir que el trabajador es comunicado de la decisión resolutoria, por tal motivo, su aceptación no es necesaria.

Siendo el despido una manifestación de voluntad unilateral del empleador, esta deberá tener determinados requisitos de legitimidad y legalidad, de lo contrario, se convertiría en un acto arbitrario, reprochable para el ordenamiento legal es así, que un despido:

-) Es **legítimo** siempre y cuando se fundamente en una causa fáctica cuya realidad imputada al trabajador revista transcendencia y gravedad, que justifique extinguir el vínculo laboral
-) Es **legal**, siempre que la decisión haya sido tomada después de seguir un procedimiento regular con las garantías propias del derecho de defensa. Dicho procedimiento debió realizarse en el plano formal de los documentos.

Cuando se cumplen con todos estos requisitos, nos encontramos ante lo que ha sido calificado por la Legislación como un despido justificado. Caso contrario, nos encontraremos ante un despido arbitrario (DE LA CRUZ CARPIO, 2014, págs. 9-10).

Si se cumplen todos estos requisitos el despido es calificado por la ley como despido justificado. Del contrario, estaríamos frente a un despido arbitrario, de él que nos ocuparemos a mayor detalle posteriormente.

2.4.4.5 El despido arbitrario en la constitución del 1993

La constitución de 1993 solo regula la estabilidad de salida, en su artículo 27°, manifestando “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

De esta forma, la carta constitucional traslada al legislador la tarea de precisar los supuestos y consecuencias de despido arbitrario. Esta fórmula genérica de protección, no obstante, representa realmente una abdicación al eludir el delineamiento de las coordenadas del concepto de estabilidad laboral (en específico, la estabilidad de salida) (ACTUALIDAD JURIDICA, 2019, pág. 13).

Al respecto Martin Carrillo Calle (2001) juzga que:

(...) su deplorable redacción ambigua lo convierte en un “equivoco precepto”, pues adopta una fórmula que comprende tanto la estabilidad “absoluta” (que entiende a la reposición como la garantía más conveniente para el trabajador) como la estabilidad “relativa” (que prefiere la indemnización como la reparación más eficaz frente al perjuicio sufrido), dejando que la ley defina la modalidad que mejor le parezca.

Algunos críticos de la incorporación de este artículo en el nuevo texto constitucional consideraron que esta norma determinaba la extinción de la estabilidad laboral en el Perú.

Frente a esto Mario Pasco señala: “este artículo no suprime la estabilidad laboral, sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin causa (PASCO COSMOPOLIS, 1993, pág. 31).

Por otro lado, Neves Mujica, opina que “(...) este equivoco precepto debe ser entendido en el sentido de prohibir el despido injustificado, de un lado, pero permitir al legislador establecer el mecanismo de reparación que considere más adecuado frente a él, del otro. De este modo, se estaría proclamando el carácter causal del despido- y simultáneamente la invalidez del despido libre-, aunque admitiendo que pueda optarse por ley entre un sistema de estabilidad absoluta, esto es, con reposición ante un despido injustificado; (...) o relativa, es decir, con indemnización frente al mismo supuesto (como sucede en el D.S 003-97-TR, LPCL, salvo el despido nulo) (NEVES MUJICA, 2018, pág. 68).

No existe entonces una uniformidad de criterios, ya que cada opinión tiene valor por sí misma y no puede ser descartada del todo, pero de lo que no cabe duda es que la nueva constitución abría las puertas a los nuevos horizontes que con el correr del tiempo podían definir las nuevas tendencias a las que se orienta el derecho del trabajo (CUBA VELAOCHAGA, 2017, pág. 91).

En conclusión, podemos colegir que la actual redacción constitucional deja al órgano legislativo la tarea de normar en la ley mecanismos que permitan brindar una protección adecuada ante el despido injustificado, ya sea a través de una indemnización o la reposición en el puesto de trabajo, según mejor convenga al caso, no obstante, esto no quiere decir que indirectamente se otorgue anuencia para despedir sin una justificación debidamente probada, incluso vaciando de contenido este derecho constitucional.

2.4.4.6 Desarrollo jurisprudencial del despido por tribunal constitucional

El modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL, ha sido modificado por la jurisprudencia del tribunal constitucional, cuyas interpretaciones del contenido esencial del derecho al trabajo y otros asuntos relevantes, han determinado por variar el sistema de protección recogido legalmente (SOLTAU SALAZAR, 2012).

El máximo intérprete de la constitución, ha desarrollado variados y divergentes criterios jurisprudenciales sobre el despido en vía de amparo, pero gran parte de la doctrina nacional considera que son cinco los pronunciamientos que constituyen hitos en el tratamiento del despido laboral en el Perú. Si bien es cierto que muchos casos se han utilizado argumentos de matiz constitucional en otros casos, sin embargo, se han utilizado fundamentos de estadio primario es decir de carácter legal.

Así tenemos en primer lugar la sentencia N° 1124-2001-AA, “caso telefónica”, que básicamente estableció que: el contenido esencial del derecho al trabajo, es el acceso al mismo y

despido por causa justa; así como también declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 34⁴⁵ del D.L N° 728, ley de productividad y competitividad laboral(LPCL).

Además, considero inaplicable el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL, que determinaba como única tutela la indemnización como única tutela la indemnización para despidos arbitrarios.

En segundo lugar, se expide la sentencia N° 976-2001-PA/TC, “caso Eusebio Llanos Huasco vs Telefónica del Perú”, aquí el tribunal estableció la interpretación del artículo 27° de la constitución, que menciona que la ley otorgara adecuada protección contra el despido arbitrario, aquí se establece una dimensión sustantiva y procesal de la protección adecuada del despido arbitrario.

Además, se reformulo la tipología del despido laboral en nuestro país, los que podrán ser revisados en sede constitucional y obtener la reposición: despido nulo, despido incausado y despido fraudulento.

Posteriormente aparece la sentencia N° 206-2005-PA/TC, “caso Baylón Flores vs EPS Emapa Huacho S.A)”, en esta sentencia se delimito las reglas de competencia de la justicia constitucional en materia de empleo en el sector público y privado.

También indico que los hechos invocados sean fehacientes para la procedencia y otorgamiento de la tutela restitutoria del amparo (despido nulo, despido arbitrario, despido fraudulento), cuando haya la necesidad de protección urgente, o situaciones especiales, el amparo procederá.

Después el tribunal dictó la sentencia N° 3070-2013-PA/TC, “caso Bernal Aguedo vs Corporación Lindley S.A”; en esta sentencia el tribunal Constitucional reafirma el criterio de residualidad del amparo; sin embargo, esta vez lo hace valiéndose no solo de las disposiciones del Código Procesal Constitucional, sino también de la regulación prevista en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

Es importante tener en cuenta que esta sentencia se emite el 18 de julio de 2014, fecha en la cual la NLPT ya se encontraba vigente en distintos distritos judiciales a nivel nacional y la Corte Suprema de Justicia de la República había emitido dos plenos jurisdiccionales supremos en materia laboral, los cuales se pronunciaban sobre la posibilidad de interponer una demanda de reposición en la vía ordinaria laboral.

Es importante mencionar que en la sentencia que comentamos, el Tribunal Constitucional establece que existen dos perspectivas para entender cuándo una vía puede ser considerada “igualmente satisfactoria”. Por un lado, una objetiva, vinculada al análisis de la vía propiamente dicha (vía idónea), y otra subjetiva, relacionada con el examen de la afectación iusfundamental (urgencia iusfundamental) (ALARCON SALAS et al., 2016, págs. 346-347).

Finalmente, en el año 2015 el tribunal constitucional emite la sentencia recaída sobre el expediente N° 2383-2013-PA/TC, “caso Ríos Núñez vs Proyecto Especial Pichis Palcazú”, donde ratifica la procedencia de la reposición en la tipología creada anteriormente por este mismo

⁴⁵ *Según la redacción original del segundo y tercer párrafo del artículo 34 del Decreto Legislativo 728*, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establecía: “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización (...) como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”

tribunal y realiza una revisión del precedente fijado en el “caso Baylón Flores” relacionado con la residualidad del proceso de amparo.

En la sentencia se explican dos razones por las cuales se procede a la revisión del precedente Baylón: (i) la necesidad de que exista regularidad y predictibilidad en la aplicación de la causal de procedencia prevista en el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional; esto es, con respecto al análisis de cuándo existe una “vía igualmente satisfactoria”; y, (ii) la necesidad de valorar la regulación prevista en la NLPT, norma que no formaba parte del ordenamiento al emitirse [el llamado precedente Baylón]⁴⁶.

A modo de conclusión de acuerdo lo establecido en el precedente vinculante emitido en el expediente en análisis, no es procedente una acción de amparo en los casos donde exista una vía laboral ordinaria igualmente satisfactoria para la tutela de los derechos fundamentales, con la salvedad de aquellos supuestos en los cuales es urgente o especial otorgar una tutela o cuando se encuentre ante hechos controvertidos que requieran una etapa probatoria.

2.4.4.7 El despido arbitrario en el decreto supremo N° 003-97-TR, texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, ley de productividad y competitividad laboral.

Es arbitrario un despido de un trabajador que labora cuatro o más horas diarias cuando se produce en contravención del artículo 22° de la LPCL (es decir, cuando no hay causa justificatoria o no se puede demostrar en el juicio) y se sanciona con la indemnización por despido arbitrario.

Así, el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar este en el juicio y el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido; es un acto nulo y el trabajador tiene derecho a la reinstalación en su puesto de trabajo (OBREGON SEVILLANO, 2018, pág. 149).

Por otro lado, el literal g) del artículo 16° del T.U.O de la ley de productividad y competitividad laboral (LPCL), aprobado por el decreto supremo N° 003-97-TR, establece entre las causas de la extinción del vínculo laboral, al despido en los casos y formas permitidas por ley.

En ese sentido para el profesor Carlos Blancas Bustamante, precisa como característica principal del despido arbitrario, el tratarse de una forma de extinción del contrato por la voluntad unilateral del empleador “en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cuál fuera ésta (BLANCAS BUSTAMANTE, 2002, pág. 48).

Así pues, para determinar con claridad que efectos desencadena la conformación de un despido en una particular situación laboral es necesario verificar también cuales fueron las causas que lo produjeron, y si estas tuvieron o no alguna justificación; y en consecuencia se eximen de ser calificados como arbitrarios (JARA BAUTISTA, 2017, pág. 187).

En el marco normativo referente al despido arbitrario, encontramos al Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral 27/03/1997, el cual regula el derecho de protección contra el despido, siendo en este caso la modalidad del despido arbitrario. Debemos abordar el tratamiento que el referido ordenamiento normativo establece sobre el despido y el despido arbitrario, en los aspectos siguientes (CUBA VELAOCHAGA, 2017, págs. 96-97).

⁴⁶ Sentencia N° 2383-2013-PA/TC. Fundamento 06. “Caso Elgo Ríos Núñez”

En los artículos 22° y 23° establece que el despido es una manifestación de la voluntad unilateral del empleador en virtud de la cual se da por resuelto o extinguido el vínculo laboral.

En el mismo artículo 22° y 23° se señala que el despido será justificado cuando existe alguna causa contemplada en la ley relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador⁴⁷.

-) La norma contempla condiciones para que el despido realizado por el empleador tenga un motivo justificado, estando normados en los artículos 29° y 30°, no teniendo la posibilidad el empleador de despedir sin una causa prevista en la Ley que fundamente el despido. La norma en el artículo 22°, contempla la protección que el trabajador que labore cuatro o más horas diarias, frente a un acto de despido arbitrario por parte del empleador, teniendo como requisitos previos que el trabajador haya superado el periodo de prueba de tres meses, 6 meses y 1 año respectivamente, según lo dispuesto en el artículo 10° de la misma ley.
-) Con respecto a la reparación del trabajador que haya sido objeto del despido arbitrario el artículo 39° establece que el trabajador tiene derecho a una indemnización como única reparación por el daño sufrido. También está habilitado de interponer demanda de forma paralela para el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente de pago.
-) El marco legal en los artículos 38° y 76° también regula lo concerniente a los trabajadores permanentes, precisando que la indemnización por despido arbitrario tiene que equivaler a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.
-) El artículo 36°, fijó el plazo de 30 días naturales desde que se produjo el despido, para accionar judicialmente en el caso de nulidad de despido y despido arbitrario
-) En caso que el trabajador haya sido despedido, el artículo 37°, establece que el empleador no puede alegar, deducir o presumir, debiendo probar los hechos materia del despido.

Por otro lado, en los artículos 34°⁴⁸ y 38°⁴⁹ de la LPCL se establece que en el caso de probarse en juicio el despido arbitrario se deberá otorgar una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios, con un tope de doce remuneraciones.

⁴⁷ **Cuba Velaochaga, Luis.** *El despido arbitrario, desarrollo doctrinario y jurisprudencial.* Gaceta jurídica. Lima., 2017. pp.96-97

⁴⁸ **Artículo 34°:** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38°.

⁴⁹ **Artículo 38°:** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

Al respecto el artículo 36^{o50} del mismo cuerpo legal establece el plazo para reclamar la indemnización por despido arbitrario el cual será de 30 días naturales contados desde la ocurrencia del despido.

2.4.4.8 Nueva tipología del despido en el Perú

El connotado profesor laboralista Neves Mujica con ocasión de prologar el libro del tratadista Luis Cuba Velaochaga⁵¹, realiza un análisis detallado de los tipos de despido presentes en nuestra legislación nacional, explica que “en el plano legislativo, tenemos dos tipos de despido, el primero con dos subtipos: el arbitrario, que comprende el *incausado* y el *injustificado*, y el *nulo*. En el incausado no se invoca un motivo; en el injustificado se invoca, pero no se puede probar en el proceso subsiguiente; y en el nulo se vulnera ciertos derechos fundamentales, como la libertad sindical, la igualdad y no discriminación, la tutela jurisdiccional efectiva, etc.

En este escenario se produjo el primer cambio importante operado por el tribunal constitucional, cuando declaró que el despido incausado era inconstitucional y, por tanto, daba lugar a la reposición solo en vía de amparo [caso telefónica].

Poco después, el mismo tribunal constitucional (sentencia Llanos Huasco) creó el despido *fraudulento*. Este se diferencia del incausado en que sí se invoca un motivo; del injustificado, en que se actúa con mala fe; y del nulo, en que se afectan otros derechos fundamentales. La vía adecuada para pretender la reposición es la del amparo.

Para resumir, los clasificaremos según las situaciones en que procedería exigir la reposición, así tenemos:

) *Despido Nulo*: Aquel de carácter discriminatorio, de conformidad con el artículo 29^{o52} de LPCL.

⁵⁰ **Artículo 36:** El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas líquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento

⁵¹ **Cuba Velaochaga, Luis.** *El despido arbitrario, desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta jurídica. Lima,.2017

⁵² **Artículo 29.-** Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°.
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

-) *Despido incausado*: Se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.
-) *Despido fraudulento*: Se produce cuando el empleador despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, a pesar de que se le impute justa causa y se ajuste a los cánones procedimentales (hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios) o se le atribuya una falta no prevista legalmente. Además, cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o cuando se fabrican pruebas.

2.4.5 NORMAS SUPRANACIONALES PROTECTORAS DEL DERECHO AL TRABAJO

2.4.5.1 El convenio 158 de la O.I.T⁵³

El mencionado convenio establece en su artículo 4° lo siguiente:

Artículo 4°.- No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta, o bien basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Por otro lado, el artículo 8° de este Convenio, reconoce el derecho del trabajador que considere injustificado su despido, a recurrir ante un órgano neutral para impugnar la decisión patronal y obtener una reparación. Esta última puede constituir la anulación del despido o la readmisión del trabajador en la empresa; o alternatively, si la primera medida no es posible o aconsejable, en el pago de una indemnización o alguna medida similar.

Como podemos evidenciar el Convenio 158 de la OIT, establece los fundamentos básicos del derecho a la estabilidad laboral, al exigir la existencia de una causa justa para que el despido sea considerado válido. Pero además contempla la posibilidad de la aplicar medidas reparadoras efectivas en los casos en que se dé despidos sin causa justificada.

2.4.5.2 El Pacto de los Derechos Económicos Sociales y culturales en materia laboral

Este tratado internacional, busca que los estados garanticen el derecho al trabajo de los individuos. Entendiendo que el mencionado derecho comprende el tanto el acceso y la conservación del empleo, debemos enfatizar que este instrumento internacional no propicia mecanismos que alienen al desempleo, como sería caso del despido arbitrario, más aun si se tenemos en cuenta que este pacto propone dentro de las medidas destinadas a garantizar el derecho al trabajo, la ocupación plena, que supone que todo persona dentro de una sociedad, debe poseer un empleo con las mecanismos de protección legal que le aseguren una permanencia en dicho empleo.

⁵³ Convenio adoptado el 22 de junio de 1982, durante la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, aun no ratificado por el Perú, constituyendo directrices no vinculantes de la OIT.

2.4.5.3 El Protocolo de San Salvador.

El protocolo de San salvador es un convenio internacional complementario a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual ha sido ratificado por el Perú en 1995. Este instrumento internacional, que consta de un preámbulo y 22 artículos, tiene como finalidad consolidar los derechos de los ciudadanos en los aspectos de trabajo, seguridad social, medio ambiente, alimentación, educación, cultura, etc.

En el ámbito laboral este protocolo reconoce el derecho al trabajo en su artículo 6^o⁵⁴, reconociendo la estabilidad relativa de los trabajadores. No obstante, indica que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión.

2.5 HIPÓTESIS

2.5.1 Hipótesis General:

Resulta insuficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D.S N°003-97-TR ,sobre el periodo de prueba laboral ya que incide negativamente sobre el derecho a la estabilidad laboral; pues no establece una definición clara, tampoco impone límites en su aplicación en los contratos modales, ni establece formalidad obligatoria para su implementación.

2.5.2 Hipótesis Específicas:

Sí se vulneraría el derecho a la estabilidad laboral toda vez que el empleador no está obligado a explicar la causalidad del despido del trabajador relacionado con su capacidad y adaptación al puesto, convirtiéndose en un despido *ad nítum*.

2.6 DEFINICIÓN Y OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

2.6.1 Definición Conceptual

2.6.1.1. Hipótesis General:

Resulta insuficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D.S N°003-97-TR ,sobre el periodo de prueba laboral ya que incide negativamente sobre el derecho a la estabilidad laboral; pues no establece una definición clara, tampoco impone límites en su aplicación en los contratos modales, ni establece formalidad obligatoria para su implementación.

⁵⁴ “**Protocolo de san salvador**” (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General)

Artículo 6°. Derecho al Trabajo:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

VI: Resultaría insuficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D. S N° 003-97-TR ,sobre el periodo de prueba laboral

VI1 *Art 10° del D.S 003-97-TR:* El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

VI2 *Periodo de prueba laboral:* Espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede cesar la relación que las vincula.

VD: incide negativamente sobre el derecho a la estabilidad laboral; pues no establece una definición clara, tampoco impone límites en su aplicación en los contratos modales, ni establece formalidad obligatoria para su implementación.

VD1 *Derecho a la estabilidad laboral:* Derecho que tiene el trabajador de conservar su empleo mientras no se configure ninguna de las causales de extinción de la relación laboral reguladas por ley.

VD2 *Definición:* Descripción, explicación, noción, significado de una cosa o idea.

VD3*límites:* Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien.

VD4 *Contratos modales:* son contratos celebrados a plazo fijo por necesidad de mercado o mayor producción de la empresa.

VD5 *Formalidad:* Requisito exigido en un acto o contrato.

2.6.1.2. Hipótesis específica:

Si se vulneraría el derecho a la estabilidad laboral toda vez que el empleador no está obligado a explicar la causalidad del despido del trabajador relacionado con su capacidad y adaptación al puesto, convirtiéndose en un despido *ad nítum*.

VI: el empleador no está obligado a explicar la causalidad del despido del trabajador relacionado con su capacidad y adaptación al puesto, convirtiéndose en un despido *ad nítum*.

VI1 *Empleador:* Patrono, persona que emplea remuneradamente con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él.

VI₂ Trabajador: Persona natural ajena a los medios de producción, que presta un servicio o realiza una obra a favor de otra persona, el empleador en forma voluntaria y remunerada.

VI₃ Despido: Acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador y que debe ser comunicado por escrito al trabajador. Para que se configure el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley.

VI₄ Capacidad: Aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo.

VI₅ Adaptación: Dicho de una persona: Acomodarse, avenirse a diversas circunstancias, condiciones.

VI₆ Ad nūtum: A gusto, a voluntad [del empleador] (CABANELLAS DE TORRES Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS G, 2002, pág. 25).

VD: Vulneraria el derecho a la estabilidad laboral

VD₁ Derecho a la estabilidad laboral: Derecho del trabajador no ser despedido sin causa justa, cuyo fundamento es el principio de continuidad (BLANCAS BUSTAMANTE, 2015).

2.6.2 Operacionalización de las variables

2.6.2.1 Hipótesis General

Variable	Dimensiones	Definición Conceptual	Indicadores	Fuentes
VI: Resultaría ineficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D. S N° 003-97-TR ,sobre el periodo de prueba laboral	VI₁: Art 10° del D.S 003-97-TR	<p>El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.</p> <p>Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.</p>) Periodo de prueba.) Tres meses) Trabajador) Derecho) Protección contra el despido arbitrario) Periodo) Capacitación) Adaptación) Ampliación) Seis meses) trabajadores calificados) Trabajadores de confianza) Personal de dirección	Doctrina: Texto único ordenado del decreto legislativo N°728, Ley de productividad y competitividad laboral, decreto supremo N° 003-97-TR

	VI₂ : Periodo de prueba laboral	Espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede cesar la relación que las vincula.) Tiempo) Trabajador) Aptitud profesional) Adaptación) Extinción) Vinculo.	Doctrina: Cabanellas de las Cuevas y Cabanellas de Torres(2002) <i>Diccionario Jurídico Elemental</i> . Tercera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina
VD incide negativamente sobre el derecho a la estabilidad laboral; pues no establece una definición clara, tampoco impone límites en su aplicación en los contratos modales, ni establece formalidad obligatoria para su implementación.	VD₁: Derecho a la estabilidad laboral	Derecho que tiene el trabajador de conservar su empleo mientras no se configure ninguna de las causales de extinción de la relación laboral reguladas por ley.) Derecho) Trabajador) Conservar) Empleo) Configuración) Causales) Extinción) Relación laboral) Regulación) Ley	Doctrina: Valderrama et al., (2016). <i>Diccionario del régimen laboral peruano: Enfoque normativo y jurisprudencial</i> . Editorial Gaceta jurídica. Lima-Perú.
	VD₂:Definición	Descripción, explicación, noción, significado de una cosa o idea.) Descripción) Explicación) Noción) Significado) Cosa) Idea	Doctrina: Cabanellas de las Cuevas y Cabanellas de Torres(2002) <i>Diccionario Jurídico Elemental</i> . Tercera edición. Editorial

				Heliasta. Buenos Aires - Argentina
	VD3: <i>Limites</i>	Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien.) Fijar) Extensión) Autoridad) Derechos) Facultad	Doctrina: Diccionario Real Academia de la Lengua Española.web:www.rae.es
	VD4: <i>Contratos modales</i>	son contratos celebrados a plazo fijo por necesidad de mercado o mayor producción de la empresa.) Contratos) Plazo fijo) Necesidad de mercado) Producción de la empresa	Texto único ordenado del decreto legislativo N°728, Ley de productividad y competitividad laboral, decreto supremo N° 003-97-TR. Diccionario Real Academia de la Lengua Española.web:www.rae.es
	VD5: <i>Formalidad</i>	Requisito exigido en un acto o contrato.) Requisito) Exigencia) Acto) Contrato	Doctrina: Cabanellas de las Cuevas y Cabanellas de Torres(2002) <i>Diccionario Jurídico Elemental</i> . Tercera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina

2.6.1.2 Hipótesis Específicas

Variable	Dimensiones	Definición Conceptual	Indicadores	Fuentes
VI: el empleador no está obligado a explicar la causalidad del despido del trabajador relacionado con su capacidad y adaptación al puesto, convirtiéndose en un despido <i>ad nítum</i> .	VI₁: Empleador	Patrono, persona que emplea remuneradamente con cierta permanencia a trabajadores subordinados a él.) Patrono) Empleo) Remuneración) Permanencia) subordinación	Doctrina: Cabanellas de las Cuevas y de Cabanellas de Torres(2002) <i>Diccionario Jurídico Elemental</i> . Tercera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina
	VI₂: Trabajador	Persona natural ajena a los medios de producción, que presta un servicio o realiza una obra a favor de otra persona, el empleador en forma voluntaria y remunerada) Persona natural) medios de producción) presta un servicio) empleador) voluntario) remunerado	Doctrina: Valderrama et al., (2016). <i>Diccionario del régimen laboral peruano: Enfoque normativo y jurisprudencial</i> . Editorial Gaceta jurídica. Lima-Perú.

	VI₃ Despido	Acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador y que debe ser comunicado por escrito al trabajador. Para que se configure el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley.	<ul style="list-style-type: none">) Acto unilateral) Voluntad) Empleador) Despido) Trabajador) Causa justa) Ley 	Doctrina: Valderrama et al., (2016). <i>Diccionario del régimen laboral peruano: Enfoque normativo y jurisprudencial.</i> Editorial Gaceta jurídica. Lima-Perú.
	VI₄ Capacidad	Aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer una profesión, oficio o empleo.	<ul style="list-style-type: none">) Aptitud) Idoneidad) Ejercer) Empleo 	Cabanellas de las Cuevas y Cabanellas de Torres(2002) <i>Diccionario Jurídico Elemental.</i> Tercera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina
	VI₅ Adaptación	Dicho de una persona: Acomodar se, avenirse a diversas circunstancias, condiciones	<ul style="list-style-type: none">) Persona) Acomodarse) circunstancias 	Diccionario Real Academia de la Lengua Española.web:www.rae.es
	VI₆ Ad nítum	A gusto, a voluntad [del empleador].	<ul style="list-style-type: none">) A voluntad) empleador 	Cabanellas de las Cuevas y Cabanellas de Torres(2002)

				<i>Diccionario Jurídico Elemental.</i> Tercera edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires - Argentina
VD: Vulneraría el derecho a la estabilidad laboral	VD₁: <i>Derecho a la estabilidad laboral</i>	Derecho del trabajador no ser despedido sin causa justa, cuyo fundamento es el principio de continuidad) Derecho) Trabajador) Despido) Causa justa) Principio de continuidad	Doctrina: Blancas Bustamante (2015).” <i>Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo</i> ”. Primera edición. Palestra editores.Lima-Perú.

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE

La presente investigación tiene un enfoque *cualitativo*, porque tuvo como propósito analizar si resultaría insuficiente la regulación dispuesta en el artículo 10° del decreto supremo 003-97-TR, sobre el periodo de prueba laboral en el Perú y la incidencia que genera en el derecho a la estabilidad laboral desarrollado jurisprudencialmente y doctrinariamente.

3.2 DISEÑO

En cuanto al diseño de la investigación sería *cualitativo y documental*, porque los datos que se utilizaron para dar respuesta al problema de investigación planteado, fueron recolectados en primera instancia del artículo 10° del decreto supremo 003-97-TR, la constitución política del Perú en sus artículos del 22° al 27°, así como también de otras fuentes como las sentencias expedidas por nuestra judicatura tanto ordinaria como constitucional; además de diversos artículos y tratados relacionados con el tema.

En nuestra investigación se utilizó el método de *investigación analítico* puesto que analizó cada una de las figuras legales presentes en el problema principal para estudiarlas de manera separada y establecer su relación que hay entre sí, pero de manera vinculada.

3.3 NIVEL

La presente investigación es *descriptivo-correlacional*, ya que analizó la situación actual del periodo de prueba en nuestro país, describiéndola en todos sus aspectos, de la misma manera se hizo con el derecho a la estabilidad laboral; y se buscó encontrar en grado de relación existente entre estas dos variables

3.4 TIPO

El tipo de estudio que se empleó en la presente investigación correspondió al tipo básico-explicativo, cuyo objetivo fue demostrar que la regulación del periodo de prueba laboral contenido en el artículo 10° del D.S 003-97-TR, incide de manera negativa en la vigencia del derecho a la estabilidad laboral, siendo necesaria una reforma legislativa.

3.5 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

- a) *Método deductivo*, ya que se comenzó de los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador hasta llegar al derecho a la estabilidad laboral durante el periodo de prueba laboral, debido a la falta de una definición, objetivos y formalidad en la ley que lo regula, por lo que se planteará la reforma y modificación legislativa del artículo 10° del D.S 003-97-TR.
- b) *Método inductivo*, con el cual se analizó los diversos pronunciamientos judiciales, además de los tratados e investigaciones relacionados con el periodo de prueba, así como también del derecho a la estabilidad laboral en nuestro país, a fin de determinar la manera en que incide en la protección de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro país.

- c) *Método analítico*, a través del cual se pudo analizar los diferentes pronunciamientos de los órganos de la administración de justicia para determinar el sentido que se le brinda a la protección del derecho a la estabilidad laboral durante el periodo de prueba, así como también que otros derechos fundamentales del trabajador se podieron vulnerar durante esta etapa de la relación laboral.
- d) *Método histórico*; por medio del cual se investigó la evolución normativa que ha tenido el periodo de prueba laboral en el Perú, así como también el derecho a la estabilidad laboral, para conocer el tratamiento legislativo que se dio a lo largo de los años, y comparar con su estado actual.
- e) *Método dogmático*, para la elaboración del presente trabajo se utilizó la diversa doctrina jurídica y desarrollo jurisprudencial existente a la fecha que trata sobre el periodo de prueba laboral y el derecho a la estabilidad laboral del trabajador, además del tratamiento legislativo tanto del decreto supremo 003-97-TR, como la constitución política del Perú, para encontrar la respuesta al planteamiento del problema principal. Se llevará a cabo una investigación jurídica de manera ordenada, fundada en la deducción, el análisis, la síntesis y analogía de la doctrina y comparación de la legislación extranjera.

El procedimiento usado en esta investigación es el de análisis documental-bibliográfico; con el objetivo de fundamentar científicamente este trabajo se utilizará libros, legislación nacional y extranjera, artículos jurídicos, tesis y publicaciones digitales.

- f) *Método Literal*, se utilizó para conocer que dice la norma a acerca de las figuras legales que afloran del planteamiento del problema principal de la presente investigación.
- g) *Método ratio legis*, se empleó este método para descubrir la razón por la cual se dictó la norma que regula el periodo de prueba, así como también los derechos y principios constitucionales que protegen al trabajador.
- h) *Método sistemático*, ya que se buscó determinar el sentido de cada norma, pero estableciendo conexiones con otras dentro de un mismo sistema jurídico y de esta manera elaborar conceptos integrales a cerca de las variables principales que giran en torno al problema central que plantea esta investigación.
- i) *Método sociológico*, en la medida que se buscó analizar el contexto social en que se desenvuelve los variables que componen las hipótesis antes planteadas con el fin de proponer determinadas recomendaciones que permitan cambiar la realidad actual.

3.6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

La técnica que se utilizó es la de recolección de datos de gabinete se recurrió a la suscrita técnica, con la finalidad de obtener información doctrinaria, legislativa, y, jurisprudencial nacional y comparada, mediante el uso de fichas bibliográficas, para así poder estructurar la temática de la presente investigación.

Los instrumentos de recolección de datos que se utilizaron fueron las siguientes:

- 1) **Fichaje:** Por medio del fichaje bibliográfico se reunió todo lo que se ha desarrollado directa o indirectamente sobre el periodo de prueba laboral, su tratamiento en nuestra legislación y en el extranjero, la justificación de su existencia, así como también las modificaciones que se podrían implementar; por otro lado, se compiló toda la información doctrinaria y jurisprudencialmente a cerca del derecho a la estabilidad laboral en trabajo, su evolución, reconocimiento y perspectivas futuras.

- 2) Recolección y Análisis de datos:** En virtud de esta técnica se analizó detalladamente la información doctrinaria, legislativa y jurisprudencial sobre el tema objeto de esta investigación.

La información que se reunió se procesó de acuerdo a los logros obtenidos mediante las técnicas, fuentes e instrumentos empleados para la recolección de la información. Asimismo, los datos obtenidos se analizaron minuciosamente con la finalidad de contrastar la validez del planteamiento de nuestra hipótesis.

3.7 ASPECTOS ÉTICOS

UNP-VRI-OCIN-DJ-Nº.../2019

DECLARACIÓN JURADA
DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **MARCO ANTONIO VALDIVIEZO BALAZAR** identificado con DNI Nº **45449548**, en la condición de Egresado, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en **A.H. VILLA DEL NORTE Mz C LOTE 11** Distrito de Castilla, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **948395827**, Email: **validiviezo1988z@gmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. Nº 411, del código Penal concordante con el Art. 32º de la Ley Nº 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.





DNI Nº 45449548

Piura, 29 de junio del 2019

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo Nº 033-2016-SUNEDU/CD

CAPÍTULO IV:

PROBANZA DE HIPÓTESIS

4.1 PROBANZA JURIDICO – DOCTRINAL

En la presente investigación para corroborar las hipótesis planteadas analizaremos los objetivos tanto general como específico:

Primero: Resulta insuficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D. S N° 003-97-TR sobre el periodo de prueba laboral

Referente a ello el artículo 10° del texto único ordenado del decreto legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competividad Laboral, aprobado por el decreto supremo N° 003-97-TR, establece que: *“El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”*.

De la redacción de este artículo se evidencia que a pesar de que el inicio de la relación laboral es el momento más importante, pues ello radica en que es la etapa en que los actores principales de la misma se conocen mutuamente esto es demuestran sus cualidades y aptitudes para el puesto de trabajo en el caso del trabajador, y por parte de empleador evidencie las condiciones de trabajo ofrecidas al momento de postular al puesto, no obstante se advierte indefectiblemente insuficiencias en su regulación que se presentan después de contrastar este artículo con lo que acontece en la realidad, las cuales plantearemos y analizaremos para arribar a una conclusión.

a) De la inexistencia de una definición clara:

De la lectura del artículo 10° se advierte que solo se refiere al espacio de tiempo que debe procurar superar el trabajador, para obtener la tan ansiada estabilidad laboral, o dicho de otra forma “adecuada protección contra el despido arbitrario” tal como lo establece el artículo 27° de nuestra actual constitución; omitiendo su definición, así como también la finalidad que debiera cumplir, esta importantísima etapa en la relación de trabajo.

Además, nuestro tribunal constitucional como máximo intérprete de la constitución tampoco ha establecido de manera clara los alcances del periodo de prueba y su naturaleza, sino que únicamente ha enfatizado su efecto en la protección contra el despido arbitrario en torno al trabajador, tal como lo expone en su sentencia N° 02982-2012-AA/TC, donde señala “ *Dado que la actora no superó el periodo de prueba, aún no gozaba del derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que para la extinción del vínculo laboral de la demandante no se requería que previamente se le siga el procedimiento de despido regulado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR. En consecuencia, la demandada no vulneró el derecho al debido proceso de la actora”*.

Al respecto Jara Bautista (2017), acertadamente expone [el hecho de que] nuestro ordenamiento jurídico ha omitido establecer no solo la definición de qué es el periodo de prueba, sino también no ha regulado cuál sería la finalidad del mismo, particularmente consideramos que ello ha influenciado negativamente en la mentalidad del empleador,[pues en el periodo de prueba no se obliga a justificar el despido por tanto], ello en la práctica actúa como una licencia para despedir,

vulnerándose inclusive derechos constitucionales que requieren ser tutelados inclusive es esta etapa de la relación laboral.

Posición doctrinal que compartimos pues en esta etapa podría ser utilizada para encubrir despidos vulneratorios de derechos constitucionales, tal como podemos evidenciar en el caso de una trabajadora embarazada despedida durante el periodo de prueba expuesto en la sentencia N° 02456-2012-AA/TC donde el tribunal explica que ; *“Previamente este Colegiado considera que es necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado y sí, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora tenía protección contra el despido arbitrario”*. Finalmente, el tribunal estima que la pretensión es infundada por no superar el periodo de prueba.

Por otra parte, una situación diferente se presentó en una demanda presentada ante la Corte Suprema de Justicia de la República la cual amparó el pedido de pago de una indemnización por daños y perjuicios a una trabajadora cesada durante el período de prueba en la Casación No. 7095-2014-LIMA.

De todo lo expuesto podemos colegir que el hecho de no haberse definido de manera clara y precisa lo que es periodo de prueba, genera interpretaciones disimiles; así como tampoco se haya mencionado la razón de su implementación esto es la finalidad que debe cumplir en el desarrollo de las relaciones laborales, lo ha desnaturalizado transformándose en la realidad de los hechos en una habilitante para despedir sin una mínima justificación, lo que repercute indirectamente en que cada vez menos trabajadores no logren gozar del constitucionalmente desarrollado derecho a la estabilidad laboral como expresión del principio de continuidad que a su vez deriva del derecho al trabajo reconocido el artículo 22⁵⁵ de la constitución política.

Por todo ello este extremo de la hipótesis planteada ha sido afirmado, aun mas con reciente publicación del proyecto del nuevo Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral el pasado 04 de noviembre del presente año a través de la resolución ministerial N° 263-2019-TR, que en su artículo 6° dispone: *“El periodo de prueba permite al empleador evaluar si el trabajador reúne los conocimientos y aptitudes necesarias para el desarrollo del trabajo encomendado. Además de la ampliación del periodo de prueba en los supuestos contemplados por el artículo 10 de la Ley, las partes pueden pactar, por escrito, la exoneración o reducción del periodo de prueba. En ningún caso, la extinción del contrato de trabajo dentro del periodo de prueba puede afectar derechos fundamentales del trabajador”*. Como es evidente se hacía necesario otorgar una definición, sin embargo, creemos que aun su redacción sigue siendo insuficiente, realidad que pretendemos cambiar con nuestra propuesta de reforma legislativa que plantearemos más adelante.

b) La falta de límites en su aplicación

En relación a ello tenemos que la ley de Productividad y Competitividad Laboral, es su artículo 75° menciona que, *“En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley”*; es decir que a estos contratos le son aplicable el periodo de prueba de tres meses estipulado en el artículo 10°, al igual que los contratos indeterminados , el mismo que puede ser ampliado hasta por seis meses en el caso de trabajadores calificados y de confianza y de un año para trabajadores de dirección.

De esta manera el empleador, podría despedir sin motivo legalmente justificado a un trabajador sometido a un contrato a plazo determinado aduciendo solamente la no superación del

⁵⁵ **Artículo 22°:** El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

periodo de prueba, otorgándole su CTS, vacaciones trucas⁵⁶ si fuera el caso. Sin embargo, estaría exento de pagarle la indemnización por despido arbitrario⁵⁷ que establece la ley.

Ante la situación arriba descrita nos planteamos la siguiente interrogante, ¿se debería aplicar el periodo de prueba legal a los contratos sujetos a modalidad? La doctrina predominante en el derecho comparado menciona que no, ya que el periodo de prueba es solo admisible en los contratos indeterminados, pues en estos se evidencia de manera palpable el efecto de la superación del periodo, esto es el de convertirse en contratos indeterminados en el tiempo, situación que no acontece en los contratos a plazo fijo (GOMEZ VALDEZ, 2016).

Así, si el plazo de un contrato determinado fuere de tres meses o menos ¿que razonabilidad existiría para que en este mismo plazo el trabajador demuestre que es el idoneo para el puesto? A nuestro entender lo establecido en nuestra legislación artículo 75° no tendría razón de ser de, habida cuenta que el periodo de prueba ha sido técnicamente formulado para que el trabajador, *ipso facto* lo supere y se convierta en uno de duración indeterminada.

En esta misma línea el doctrinario Gómez Valdez (2016), menciona que exigir a los trabajadores reclutados a través de contratos modales(evidentemente precarios) a trabajar obligatoriamente un periodo de prueba, constituye un claro abuso legislativo cuya modificación urge realizar para salvar la institución del periodo de prueba.

Pero la situación podría empeorar, veamos el siguiente ejemplo expuesto por el laboralista Arce Ortiz (2013), quien plantea que un contrato de suplencia[art.61° LPCL] de dos meses y medio de duración someterá al trabajador a una permanente prueba a lo largo de la ejecución del contrato. Si las partes del contrato de manera [expresa] no reducen el periodo de tres meses de prueba legal, el trabajador nunca adquirirá la llamada protección contra el despido arbitrario y por ende el derecho a la estabilidad laboral.

Bajo la misma línea también podría resultar que dado que la legislación actual no impone límites a la aplicación del periodo de prueba en los contratos modales, se pueden dar casos que la duración del mismo coincida o en otros casos supere el periodo legal de tres meses.

Esta situación se presentó el caso expuesto en la sentencia N° 02456-2012-AA/TC-Piura, donde una trabajadora (promotora médica) en estado de gestación interpone demanda aduciendo haber sido víctima de un despido discriminatorio por razón de sexo debido a su estado de gravidez, al no habersele expresado causa justificada, a pesar que su empleadora sabía de su estado; al contestar la demanda la emplazada responde que se firmó un contrato sujeto a modalidad de naturaleza temporal por seis meses de duración, tiempo que **coincide con el periodo de prueba convenido por las partes en el mismo contrato**; y que por tanto la razón del cese responde a la no superación del periodo de prueba.

⁵⁶ Son vacaciones trucas cuando el trabajador ha cesado sin haber cumplido con el requisito de un año de servicios y respectivo récord vacacional para generar derecho a vacaciones (Artículo N°.22 del Decreto Legislativo 713 y Artículo 23° del Decreto Supremo N° 012-92-TR)

⁵⁷ **Artículo 34°:** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

Finalmente el tribunal constitucional concluye que el supuesto despido se produjo antes de vencer el periodo de prueba convencional, además que la trabajadora en su demanda no ha cuestionado la ampliación de dicho periodo, tampoco ha presentado documento alguno que permita acreditar que dicha ampliación fue fraudulenta. Por todo ello el tribunal sentencia que habiéndose acreditado que la trabajadora no ha superado el periodo de prueba convencional, no tenía protección contra el despido arbitrario, por que la demanda debe ser desestimada.

De lo antes relatado podemos concluir que la actual redacción del artículo 10° del T.U.O del D.L N° 728, “Ley de productividad y Competividad Laboral”, como norma basamento de este periodo, resulta insuficiente para la diversa realidad que se presenta en nuestro país, que el hecho de que se someta al mismo plazo legal de los contratos indeterminados a los contratos sujetos a modalidad, implica que indirectamente se les está negando el acceso al derecho a la estabilidad laboral. Pues como bien explica el maestro Blancas Bustamante (2013), “*la estabilidad en el trabajo tiene como característica fundamental la de permitir el despido sólo cuando exista una causa justa[hecho que no ocurre en los despidos durante el periodo de prueba], lo que equivale a decir que lo prohíbe cuando esta no existe o no se demuestra, resulta lógico, y jurídico que deba preverse remedios eficaces para el caso en que dicha prohibición sea ignorada por el empleador en perjuicio del trabajador*”.

Por tanto en la presente investigación llegamos a la conclusión, que el hecho de que un trabajador sujeto a contrato modal permanezca bajo las reglas del periodo legal, no hace más que precarizar su situación ya que estará con la incertidumbre permanente de ver finalizado su vínculo laboral en cualquier momento, en atención a ello creemos que debiera establecerse porcentajes de duración del periodo de prueba de acuerdo a cada contrato. Es decir si un contrato por necesidades de mercado tiene una duración de 6 meses, el periodo de prueba no debería superar 25 % es decir no más de mes y medio, con esto se evitaría que se utilice la ley como mecanismo de fraude donde la parte más perjudicada como es evidente sería el trabajador, por tanto del correlato expuesto el extremo de nuestra hipótesis se corrobora .

c) Escasa formalidad para su implementación.

De acuerdo a nuestra regulación nacional, se tiene que el periodo de prueba dependerá de la forma que adopte el contrato de trabajo esto es será verbal si el contrato es verbal y será escrito si el contrato es escrito, en concordancia con el segundo párrafo artículo 4°⁵⁸ de la LCPL, de esta forma tenemos que la actual redacción del artículo 10° de la LPCL, para el periodo de prueba en general de tres meses no impone que se pacte por escrito en el contrato de trabajo, situación distinta a la legislación española⁵⁹, que es muy exigente con esta formalidad como requisito de validez del pacto contractual.

⁵⁸ **Artículo 4°:**

(...) El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece

⁵⁹ **Artículo 14°. Estatuto de los trabajadores español: Período de prueba.**

1. Podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de 25 trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados. El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

A partir de lo señalado creemos que dado que, “la relación entre el periodo de prueba y el derecho a la estabilidad laboral es consustancial, ya que superado dicho periodo, el trabajador alcanza el derecho a la estabilidad laboral” tal como señala Díaz Aroco (2016), somos de la idea de que debiera establecerse obligatoriamente por escrito como acto ad solemnitatem el sometimiento a periodo de prueba en el contrato de trabajo, al igual que ocurre con la ampliación. De esta forma como señala, Asquerino Lampero (2015), “Se trata de asegurar que efectivamente el trabajador conoce desde el principio de la relación la especial circunstancia por la que atravesará ésta durante un tiempo determinado”.

En virtud de ello se evitaría que el trabajador se vea afectado por una aplicación irregular de este periodo, ante la dificultad de probanza que tiene el estipular el periodo de prueba de manera verbal, lo que impediría que se logre obtener la protección del derecho a la estabilidad laboral, realidad en la cual radica su incidencia negativa en el mencionado derecho.

Segundo: La regulación contenida en el art.10° del D.S.N° 003-97-TR vulnera el derecho a la estabilidad laboral

En referencia a este punto es de necesidad plantear previamente la finalidad principal del periodo de prueba dentro del desarrollo del contrato de trabajo, así como también analizar la regulación actual contenida en el artículo 10° de la LPCL; para posteriormente dejar sentado la definición del derecho a la estabilidad laboral y de esta manera determinar la influencia del primero en este último.

En ese sentido empezaremos con lo manifestado por la corte suprema en la casación N°5252-2014-Lima, “(...) *el periodo de prueba tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos; en consecuencia, la evaluación se realizará entre otros aspectos sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas*”. Sin embargo, tenemos que el primer párrafo del artículo 10°⁶⁰ del D.S N° 003-97-TR, regula que el periodo de prueba solo refiere que este periodo tiene una duración de tres meses y que a su término el trabajador alcanzara la protección contra el despido arbitrario, de lo que se evidencia que no existe ni un atisbo a cerca de su finalidad, y por consiguiente tampoco menciona la evaluación que debiera realizar el empleador como fundamento principal del sometimiento del trabajador a este periodo, pues concluimos que esta omisión es gravitante para el buen o mal uso, que se le brinde al periodo de prueba en los contratos de trabajo.

En razón de ello tenemos el artículo 10° de la LPCL, se entiende como una licencia para despedir a diestra y siniestra, bajo un desnaturalizado periodo de prueba.

En la realidad podemos ver que, haciendo uso de esta mal entendida facultad para despedir durante el periodo de prueba por parte del empleador, tenemos que se despide inmediatamente de haber ingresado, se despide el primer día de trabajo muchas veces sin haber iniciado laborales, se despide en varias ocasiones sin haber realizado una efectiva evaluación, se utiliza este periodo como mecanismo de presión para obtener un rendimiento mayor al promedio incentivando a que el trabajador de manera “voluntaria” acepte trabajar horas adicionales a su jornada de trabajo con la excusa de que se encuentra a prueba.

Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

⁶⁰ **Artículo 10° LPCL:** El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Por otro lado, tenemos que el derecho a la estabilidad laboral para Toyama Miyagusuku (2015) “es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo – el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del derecho laboral”. Como se puede ver la estabilidad busca proteger el vínculo contractual en toda relación de trabajo, ello guarda relación con el principio de continuidad que a su vez se origina en el derecho al trabajo, en nuestro caso regulado en el artículo 22⁶¹ de la constitución.

Este mismo autor menciona que “*sin la estabilidad laboral, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de estos no tendrían la suficiente exigibilidad*”⁶² frente al empleador dada la relación de dependencia en la cual presta servicios el trabajador” (Toyama Miyagusuku, 2015) .

De los antes expuesto podemos colegir que la estabilidad laboral no solo influye en promover que el vínculo laboral continúe mientras exista la fuente de trabajo, y que este solo se pueda terminar bajo causas legalmente justificadas, sino que también su importancia para la relación laboral radica en que su vigencia permite que el resto de derechos reconocidos al trabajador tenga plena vigencia, como por ejemplo el derecho constitucional a la sindicalización(artículo 28⁶³)entre otros derechos laborales.

No obstante, de lo antes expuesto durante la vigencia del periodo de prueba el derecho a la estabilidad se ve minimizado al punto de que el empleador puede dar por terminado el vínculo laboral sin expresar mayor justificación que la no superación de este periodo; como menciona Arce Ortiz (2015), “comúnmente la doctrina y, sobretodo, la jurisprudencia, había insistido en el carácter *ad nutum* de la facultad resolutoria en el ámbito del periodo de prueba. (...) resultaría incoherente admitir la existencia de un poder omnímodo, que incluso sea cubierto de inmunidad en su interrelación con los derechos del trabajador”.

Coincidimos con la posición de Arce Ortiz, puesto que creemos que se debe establecer un límite mínimo a la facultad extintiva que tiene el empleador durante el periodo de prueba, realidad que no se puede encontrar en la actual redacción del artículo 10° de la LPCL.

Por lo tanto, hemos llegado a la conclusión siguiendo la tesis de la naturaleza jurídica del periodo de prueba que la relación laboral es una sola desde el primer día de labores (esto incluye al periodo de prueba), tal como lo afirma el laboralista Gómez Valdez (2016), quien expone, “(...) todos los elementos sustanciales propios a todo contrato y los especiales del contrato laboral se manifiestan plenamente[desde el inicio], razón por la cual el trabajador adquiere, desde ese instante, la protección legal prodigada en su favor por la legislación laboral y los poderes públicos”; por tanto la vigencia del derecho a la estabilidad se ve vulnerada durante el periodo de prueba, puesto que el despido se debería fundamentar en una evaluación negativa de la idoneidad del trabajador pues ello responde a la finalidad de este periodo esto es evaluar al trabajador, hecho que en nuestro país no ocurre, dado que la finalización del vínculo laboral ocurre bajo el “supuesto” de que el trabajador no logro satisfacer las expectativas de idoneidad del empleador, ello dentro del plano subjetivo de este último, por todo esto la inexistencia de una probada *causalidad del despido* atenta contra la naturaleza misma del derecho a la estabilidad laboral quien protege la continuidad de la relación de trabajo salvo que haya causa legalmente probada para terminarlo.

⁶¹ **Artículo 22° de la Constitución Política del Perú:** El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

⁶² Lo resaltado es nuestro

⁶³ **Artículo 28° de la Constitución Política del Perú:** El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático.

En consecuencia, para fortalecer nuestra posición sobre la lesividad que constituye el *despido ad nutum*, entendido este como un despido a voluntad por parte al empleador, y que atenta contra la vigencia del derecho a la estabilidad laboral; es plausible esgrimir algunas consideraciones sobre la causalidad del despido durante el periodo de prueba desde la doctrina comparada y jurisprudencia nacional, a fin de garantizar que la protección de la continuidad de la relación laboral se efectivice.

En razón de esto tenemos que el reconocido laboralista español Martín Valverde (1976) manifiesta, “la tesis de causalidad del despido [es] la más satisfactoria y porque además les pone coto a las frecuentes utilizaciones desviadas del instituto”, las que según este autor se relacionan con las arbitrariedades que cometen los patronos en los despidos de trabajadores a prueba.

Bajo este punto de vista, el despido arbitrario proscrito por nuestra legislación engloba dos supuestos bien definidos, por un lado, el hecho de no expresar causa alguna y por otro lado el no haber podido probarla judicialmente, ambas categorías del despido arbitrario.

Sin embargo, en el denominado caso “Telefónica” Exp. N° 1124-2001-AA/TC, el tribunal constitucional le otorgo un mayor grado de lesividad al despido arbitrario sin expresión de causa, establecido en el segundo párrafo del artículo 34⁶⁴ de la LPCL, colocándolo al nivel de los despidos inconstitucionales atribuyéndoles la afectación de nulidad.

Es de entenderse que el alto tribunal ha distinguido dos categorías dentro del despido arbitrario una simplemente arbitraria (cuando la causa no ha podido ser probada) y la radicalmente arbitraria (cuando ni siquiera se invoca la causa), equiparándola a esta última con la del despido nulo.

Siendo que en la actualidad el despido arbitrario presenta este nuevo escenario esbozado por el tribunal constitucional, creemos que lo regulado en el artículo 10° de la LPCL, también debería ser interpretado bajo la lógica de esta nueva corriente jurisprudencial, puesto que este periodo también forma parte de la relación laboral, por tanto, resultaría ingenuo creer que en esta etapa no pudiera existir vulneración constitucional.

Por tanto, sí con la nueva tipología de despido creada por el alto tribunal (incausado y fraudulento) adscritos a los despidos de mayor lesividad, en un eventual acontecimiento dentro del periodo de prueba también debiera el empleador tener la obligación de exponer la causa que motivo la salida del trabajador. Esto sustenta la idea de la causalidad del despido en el periodo de prueba, de no acontecer ello se seguiría vulnerando el derecho a la estabilidad laboral como en la actualidad

Finalmente teniendo en cuenta la finalidad del periodo de prueba, es necesario que las empresas implementen un proceso interno y especial para evaluar a los trabajadores en periodo de prueba, con periodicidad mensual, y darles la posibilidad de superar las deficiencias que se identifiquen. Luego se puede proceder con la extinción del contrato, sin incurrir en riesgos legales.

⁶⁴ **Artículo 34° LPCL:** (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°.

CONCLUSIONES

Primera conclusión: El periodo de prueba es un lapso de tiempo dentro del contrato de trabajo cuya finalidad principal es evaluar las aptitudes y capacidades profesionales y personales del trabajador en el puesto de trabajo.

Segunda conclusión: Que el derecho a la estabilidad laboral se sustenta en el principio de continuidad que a su vez proviene del derecho al trabajo protegido en nuestra constitución en los artículos 22° y 27°.

Tercera conclusión: Que la regulación actual del artículo 10° del D.S 003-97-TR, presenta graves insuficiencias que deben ser superadas para brindar una protección adecuada de los derechos laborales.

Cuarta conclusión: El hecho de que en nuestra legislación nacional no se establezca una definición clara ni formalidades para su aplicación hace que el periodo de prueba en la realidad sea entendido como una licencia para despedir donde incluso se vulneren derechos fundamentales del trabajador.

Quinta conclusión: Que resulta irrazonable que se pacten contratos modales cuya duración coincida con el periodo de prueba puesto que superar esto sería un triunfo pírrico.

Sexta conclusión: Que se hace necesario establecer límites a la aplicación del periodo de prueba legal en los contratos sujetos a modalidad con el fin de evitar excesos o fraude de la ley por parte del empleador, para lograr que más trabajadores puedan superar este periodo y obtener el derecho a la estabilidad laboral.

Séptima conclusión: Ante una realidad que tiene como factor común, la ausencia de una real y efectiva evaluación de la capacidad y adaptación al puesto de trabajo, se debería requerir al empleador justifique la razón del despido en periodo de prueba a través de test de evaluación.

Octava conclusión: Que se hace necesario que se reforme el actual tratamiento del periodo de prueba en nuestro país, pues se ha desnaturalizado su finalidad.

Novena conclusión: Que la nueva tipología esbozada por el tribunal constitucional abona a la causalidad del despido en el periodo de prueba.

Decima conclusión: Que la institución del periodo de prueba permite al empleador encontrar al colaborador más idóneo para su empresa, evitándole la onerosidad de una mala elección, no obstante, ello no implica que pueda desnaturalizar su objetivo tornándolo como un mecanismo de despido a voluntad.

RECOMENDACIONES

- 1. Propuesta de reforma legislativa del artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.**

1.1 EXPOSICION DE MOTIVOS

1.2 Objeto del proyecto

La presente iniciativa legislativa tiene como finalidad adicionar precisiones al artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de productividad y Competitividad Laboral; asimismo los artículos 10-A y 10-B buscan establecer límites y requisitos que deberán cumplirse dentro del periodo de prueba.

1.3 Fundamentación de la iniciativa legislativa

En conformidad con el artículo 23° de la constitución política del Perú, el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo, así mismo esta norma indica que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador en este contexto:

- a) Se propone adicionar párrafos al artículo 10° del D.S N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de productividad y Competitividad Laboral
- b) Nuestro ordenamiento a través de la actual redacción del artículo 10° del D.S N° 003-97-TR, ha omitido establecer no solo la definición de lo que es el periodo de prueba, lapso de trabajo de importante relevancia para el alcance de derechos fundamentales del trabajador, sino que tampoco ha regulado la finalidad de este periodo influenciando negativamente en el empleador, entendiéndolo como una licencia para despedir.
- c) Para una mejor aplicación de este periodo de prueba se adicionado formalidades y límites que deben ser cumplidos a fin de darle validez a la implementación de este periodo.
- d) Se han establecido requisitos para un mejor uso del periodo de prueba a fin de que no se haga un uso abusivo del mismo.

1.4 Efectos de la iniciativa legislativa en la legislación vigente

La iniciativa legislativa propone adicionar párrafos en el artículo 10° así mismo, incorporar los artículos 10-A y 10-B al del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de productividad y Competitividad Laboral, con la finalidad de incluir precisiones en la regulación actual del periodo de prueba en nuestro derecho sustantivo laboral.

1.5 Análisis costo beneficio

La presente iniciativa no ocasionara gastos adicionales a la hacienda pública, pues su objetivo es perfeccionar el régimen actual del periodo de prueba como una medida contundente para la protección de los derechos fundamentales del trabajador durante el inicio de la relación de trabajo.

Por otro lado, la ventaja de esta iniciativa que presentamos buscará la efectiva protección de los derechos laborales evitando que sean vulnerados por una de las partes del contrato de trabajo.

1.6 Propuesta legislativa

DICE	DEBE DECIR
<p>Art 10°: Plazo del periodo de prueba</p> <p>El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.</p> <p>Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada.</p> <p>La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.</p>	<p>Art 10° Del periodo de prueba</p> <p>El periodo de prueba es el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede dar termino a la relación laboral.</p> <p>El periodo de prueba es de tres meses, el cual deberá ser pactado por escrito independientemente de la forma del contrato, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes podrán pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación resulte debidamente justificada. La ampliación deberá constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.</p> <p>Bajo ninguna circunstancia, la extinción del contrato de trabajo dentro del periodo de prueba podrá afectar derechos fundamentales del trabajador.</p> <p>Art. 10°-A: La cantidad de trabajadores sometidos a periodo de prueba no excederá al 15 % de trabajadores permanentes, salvo inicio de actividades de la empresa.</p> <p>En los contratos sujetos a modalidad el periodo de prueba no deberá superar el 25 % de la duración del contrato.</p> <p>Art. 10°-B: Los empleadores deberán registrar al trabajador en periodo de prueba ante la autoridad administrativa de trabajo, además deberán implementar fichas de evaluación de acuerdo al cargo y puesto a desempeñar, que serán presentadas de ser requeridas por la autoridad.</p>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ✓ (1993). *Constitucion Política del Perú* .
- ✓ (1997). *Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Unico Ordenado del decreto legislativo N°728 , Ley de Productividad y Competividad Laboral*.
- ✓ ACCION DE AMPARO CHINCHAY PUSE, N° 1944-2002-AA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ 28 de Enero de 2003).
- ✓ Actualidad laboral: preguntas y respuestas. (Enero de 2019). Los contratos de trabajo sujetos a modalidad. *ACTUALIDAD JURIDICA*(302), 215-221.
- ✓ ALARCON SALAS,M., CADILLO ANGELES, C., CASTAÑEDA VELASQUEZ,E., et al. (2016). *Comentarios a la ley de productividad y competitividad laboral: 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual* (primera ed.). Lima, Perú: Gaceta juridica.
- ✓ ALONSO GARCIA, M. (1975). *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona, España: Ariel.
- ✓ ARCE ORTIZ, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafios y deficiencias* (segunda ed.). Lima, Perú: Palestra editores sac.
- ✓ ARÉVALO VELA, J. (2016). *Tratado de derecho laboral* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacifico editores.
- ✓ ASQUERINO LAMPARERO, M. (2015). *EL PERIODO DE PRUEBA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO*. TESIS DOCTORAL, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, DEPARTAMENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, SEVILLA.
- ✓ BALLESTER PASTOR, M. (1995). *El periodo de prueba, "coleccion laboral"*. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch.
- ✓ BAUTISTA ALVAREZ, J. c. (2018). *"El periodo de prueba como periodo de suspensión de los derechos fundamentales de los trabajadores"*. TESINA PARA OBTENER EL GRADO PROFESIONAL DE ABOGADO, UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL PERU, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS HUMANAS, LIMA. Recuperado el 9 de JUNIO de 2019
- ✓ BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2002). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima, Perú: Ara Editores.
- ✓ BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *El despido en le derecho laboral peruano* (tercera ed.). Lima, Perú: Jurista editores SRL.
- ✓ BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo* (primera ed.). Lima, PERU: Palestra editores.
- ✓ BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2016). *Derechos fundamentales de la persona y la relacion de trabajo* (segunda edicion aumentada ed.). Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Unversidad Catolica del Perú. .

- ✓ BRONSTEIN S, A. (1990). La protección contra el despido injustificado en America Latina. *Revista Internacional del trabajo*, 109(2), 270.
- ✓ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (1988). *Tratado de derecho laboral* (Tercera ed., Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta SRL.
- ✓ CABANELLAS DE TORRES, G Y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2002). *Diccionario juridico elemental* (Decimo tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- ✓ CABANELLAS, G. (1968). *Compendio derecho laboral* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Libros científicos.
- ✓ CABANELLAS, G. (1984). *Diccionario enciclopedico de derecho Usual* (18 ed.). Buenos Aires, Argentina: Eliasta.
- ✓ CABANILLAS COSAVALENTE, Eduardo y SALCEDO CACERES, Arnulfo. (2019). "razones juridicas para la derogacion del periodo de prueba de tres meses establecido en articulo 10° del decreto supremo N° 003-97-TR, texto unico ordenado del decreto legislativo N° 728 LPCL para obtener la estabilidad laboral en el sector privado". tesis de grado para obtener el titulo pofesional de abogado, UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO. Recuperado el 9 de junio de 2019
- ✓ CACERES PAREDES, J. (2006). Recuperado el 17 de Octubre de 2019, de <https://studylib.es/doc/5006104/la-ampliacion-del-periodo-de-prueba>
- ✓ CARRILLO CALLE, M. (2001). *La flexibilizacion del contenido laboral de la constitucion. Balance de la reformal laboral peruana*. Lima, Perú: Sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social.
- ✓ CASTILLO MONTOYA, N. (Abril de 2009). Funcionalidad del periodo de periodo de prueba en la relación laboral. *Soluciones laborales*(16), 24.
- ✓ CRUZ VILLALÓN, J. (2011). *compendio de derecho del trabajo* (cuarta edicion ed.). Madrid, España: tecnos.
- ✓ CUBA VELAOCHAGA, L. (2017). *El despido arbitrario: desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. (primera ed.). Lima, Perú: Gaceta juridica.
- ✓ DE FERRARI, F. (1969). *Derecho del Trabajo* (Segunda ed., Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- ✓ DE LA CRUZ CARPIO, M. (2014). El despido fraudulento y su impugnación. En N. a. ALVA LOPEZ, *Despido laboral, despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento* (Primera ed., págs. 9-10). Lima, Perú: Gaceta juridica.
- ✓ DE LA CUEVA, M. (1978). *El nuevo derecho mexicano del trabajo* (Quinta edición ed.). Mexico, Mexico: Porrúa.
- ✓ DE VAL TENA, A. (1998). *Pacto de prueba y contrato de trabajo, coleccion de derecho laboral*. Madrid, España: Civitas.
- ✓ DEVEALI, M. (1956). *Lineamientos del derecho del trabajo. La interpretacion de las leyes del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Argentina.

- ✓ DIAZ AROCO, T. (1987). *Problemática de la estabilidad laboral*. Lima: Concytec.
- ✓ DIAZ AROCO, Teofila y BENAVIDES DIAZ, Cesar. (2016). *Derecho individual del trabajo: nuevas tendencias en el proceso de globalización de la economía*. (segunda ed.). Lima, Perú: editora y librería jurídica Grifley E.I.R.L.
- ✓ FERRO DELGADO, V. (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú, colección lo esencial del derecho 41* (Primera ed.). Lima, Perú: Fondo editorial ,Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ✓ GOMEZ VALDEZ, F. (2016). *Contrato de trabajo* (primera ed., Vol. I). Lima, Perú: Adrus editores.
- ✓ GUERRERO GONZALES, E. (marzo de 2012). Recuperado el 17 de Octubre de 2019, de <http://www.sutamp.org/wp-content/uploads/2012/03/Legislacion-sobre-Periodo-de-prueba.pdf>
- ✓ HARO CARRANZA, J. (2016). *Derecho del trabajo I*. LIMA, PERÚ: Fondo editorial Universidad Inka Garcilazo de la Vega.
- ✓ JARA BAUTISTA, J. L. (2017). *El periodo de prueba laboral en el Perú* (primera ed.). Lima: Editorial LEX & IURIS. Recuperado el 2019
- ✓ JURIDICA, A. (Enero de 2019). El despido: Clases, procedimiento y protección procesal. *Actualidad jurídica*(302), 11-47.
- ✓ LA POUBLE CHERO, A. (1998). *Derecho individual del trabajo*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.
- ✓ MARTIN VALVERDE, A. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, España: Montecorvo.
- ✓ MAS LOZADA, A. (2018). *EL PERIODO DE PRUEBA EN EL DERECHO LABORAL PERUANO: ALCANCES, LIMITES Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACION IRREGULAR*. LIMA.
- ✓ MONTOYA MELGAR, A. (2001). *Derecho del trabajo* (22 edición ed.). Madrid, España: Tecnos.
- ✓ MONTOYA MELGAR, A. (2005). *Principios y valores en el derecho del trabajo, en torno a los principios del derecho del trabajo-Homenaje a Américo Plá Rodríguez*. Mexico, Mexico: Porrúa.
- ✓ NEVES MUJICA, J. (1995). La estabilidad laboral en la constitución de 1993. En C. A. Juristas, *Constitución de 1993. Análisis y comentarios II. Lecturas sobre temas constitucionales* (pág. 48). Lima: Jurista Editores.
- ✓ NEVES MUJICA, J. (2015). “El Despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal. *THEMIS Revista de Derecho PUCP*(67), 228.
- ✓ NEVES MUJICA, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo* (cuarta ed.). Lima, Perú: Fondo editorial Pontificia universidad Católica del Perú.

- ✓ NN. (2019). *LEGISLACION LABORAL: SECTOR PRIVADO Y PUBLICO*. Lima: JURISTA EDITORES.
- ✓ OBREGON SEVILLANO, T. (2015). El periodo de prueba. *Actualidad Empresarial*(336), 1-3.
- ✓ OBREGON SEVILLANO, T. (2018). *Manual de relaciones individuales de trabajo* (Primera ed.). Lima, Perú: instituto Pacifico.
- ✓ PASCO COSMOPOLIS, M. (1993). El trabajo en la constitucion. *Ius et Veritatis*(7), 31.
- ✓ PLÁ RODRIGUEZ, A. (1960). *Manual derecho del trabajo*. Barcelona, España: J.M Bosch.
- ✓ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. (1989). *El derecho de estabilidad en el trabajo en la constitucion peruana, en AAVV Trabajo y Constitucion*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- ✓ SOLTAU SALAZAR, S. (2012). *www.academia.edu*. Recuperado el 17 de octubre de 2019, de [www.academia.edu: https://www.academia.edu/4619392/LA_REPOSICIN_EN_LA_VA_ORDINARIA_LABORAL_A_LA_LUZ_DE_LOS_PRONUNCIAMIENTOS_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL](https://www.academia.edu/4619392/LA_REPOSICIN_EN_LA_VA_ORDINARIA_LABORAL_A_LA_LUZ_DE_LOS_PRONUNCIAMIENTOS_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL)
- ✓ TARAZONA PINEDO, M. (Abril de 2018). La eficacia de los derechos laborales durante el periodo de prueba. *Soluciones Laborales*(124), 165-165.
- ✓ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú: Un enfoque teorico - práctico* (primera ed.). Lima, Perú: Gaceta juridica.
- ✓ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (7 de octubre de 2015). Se abre la puerta para indemnizar el cese del trabajador en periodo de prueba. *Dario gestion*, pág. 10.
- ✓ TOYAMA MIYAGUSUKU, J., & VINATEA RECOBA, L. (2013). *Guía laboral 2013* (sexta ed.). Lima, Perú: Gaceta juridica.
- ✓ VALDERRAMA, Luis; NAVARRETE Alejandro; DIAZ, Keny;CACERES, Joel; TOVALINO, Fiorella. (2016). *Diccionario del regimen laboral peruano:Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial*. lima: Gaceta juridica S.A.
- ✓ VILLAVICENCIO RIOS, A. (2013). El derecho al trabajo: en transito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho.Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*.(71), 319.
- ✓ VINATEA RECOBA, L. (2004). La adecuada proteccion procesal contra el despido arbitrario. *Derecho & Sociedad*, 109.

ANEXOS

ANEXO N°1-A

MATRIZ BÁSICA DE CONSISTENCIA

Título del Proyecto:

“LA REGULACION DEL PERIODO DE PRUEBA LABORAL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ”

Nombre del Tesista:

MARCO ANTONIO VALDIVIEZO BALCAZAR

	PREGUNTAS	HIPÓTESIS	OBJETIVO
General	¿Resulta suficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D. S N° 003-97-TR sobre el periodo de prueba laboral?	Resulta insuficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D.S N°003-97-TR ,sobre el periodo de prueba laboral ya que incide negativamente sobre el derecho a la estabilidad laboral; pues no establece una definición clara, tampoco impone límites en su aplicación en los contratos modales, ni establece formalidad obligatoria para su implementación.	Analizar si resulta suficiente la regulación dispuesta en el art.10° del D. S N° 003-97-TR sobre el periodo de prueba laboral.
Específica 1	¿Con la regulación contenida en el art.10° del D.S.N° 003-97-TR se vulnera el derecho a la estabilidad laboral?	Sí se vulneraría el derecho a la estabilidad laboral toda vez que el empleador no está obligado a explicar la causalidad del despido del trabajador relacionado con su capacidad y adaptación al puesto, convirtiéndose en un despido <i>ad nítum</i> .	Determinar si con la regulación contenida en el art.10° del D.S.N° 003-97-TR se vulnera el derecho a la estabilidad laboral.

APÉNDICES

APENDICE 1-A:

Texto Único Ordenado del D. Leg. No 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral DECRETO SUPREMO No 003-97-TR

CAPITULO II

DEL PERIODO DE PRUEBA

Artículo 10°.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

CAPITULO VI

NORMAS COMUNES

Artículo 75°.- En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos noventa y siete.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

JORGE GONZALEZ IZQUIERDO

Ministro de Trabajo y Promoción Social

APENDICE 1-B:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ PREÁMBULO EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, INVOCANDO A DIOS TODOPODEROSO, OBEDECIENDO EL MANDATO DEL PUEBLO PERUANO Y RECORDANDO EL SACRIFICIO DE TODAS LAS GENERACIONES QUE NOS HAN PRECEDIDO EN NUESTRA PATRIA, HA RESUELTO DAR LA SIGUIENTE CONSTITUCION:

CAPÍTULO II

DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS

Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 24°.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

Artículo 25°.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

Artículo 26°.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Artículo 27°.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

Artículo 29°.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.

Por cuanto:

El Congreso Constituyente Democrático del Perú ha aprobado la Constitución Política de la República y el pueblo peruano la ha ratificado en el referéndum del 31 de octubre de 1993, se promulga la siguiente: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

APENDICE 1-C:

DECRETO SUPREMO N° 263 -2019-TR APRUEBAN REGLAMENTO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; asimismo, la referida norma constitucional indica que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador;

Que, el Objetivo Prioritario 5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado por Decreto Supremo N° 345-2018-EF, prevé como lineamientos de política, entre otros, la generación y mejora de los mecanismos para el tránsito de la informalidad a la formalidad en el empleo, con mayor productividad; así como, la revisión y adecuación del marco regulatorio y los servicios de empleo en función a las necesidades del mercado laboral, considerando el diálogo entre empleadores, trabajadores y gobierno;

Que, en este contexto, el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado por Decreto Supremo N° 237-2019-EF, señala la actualización del marco normativo laboral como una medida de política relativa al Objetivo Prioritario 5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad;

Que, mediante Decreto Legislativo N° 728 se aprobó la Ley de Fomento del Empleo, que definió el marco legal de la contratación laboral individual, regulando además las diversas formas de acceso al trabajo a través de la actividad empresarial, de producción y servicios, el trabajo a domicilio, la creación de empresas y cooperativas de trabajadores, entre otros;

Que, la Disposición Transitoria del Decreto Legislativo N° 855 dispuso la separación de la Ley de Fomento del Empleo en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral; Que, mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, se aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual distribuye y reordena el articulado vigente, así como incorpora las modificaciones introducidas a dicha norma; Que, mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR se aprueba el reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, habiendo ocurrido desde entonces cambios sustanciales en las formas de producción y las relaciones entre los actores de la economía; Que, resulta necesario aprobar el reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y sus modificatorias, adecuando la normativa al nuevo contexto económico y productivo, con la finalidad de proveer un marco legal actualizado que, sin implicar la pérdida o menoscabo de los derechos laborales, permita a los trabajadores acceder a mayores oportunidades de empleo formal y de calidad;

De conformidad con lo establecido en el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; el numeral 1 del artículo 6 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y sus modificatorias; la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y sus modificatorias; y el Reglamento de Organización y Funciones del

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2014-TR, y su modificatoria;

CAPÍTULO II

DEL PERIODO DE PRUEBA

Artículo 6.- El periodo de prueba permite al empleador evaluar si el trabajador reúne los conocimientos y aptitudes necesarias para el desarrollo del trabajo encomendado. Además de la ampliación del periodo de prueba en los supuestos contemplados por el artículo 10 de la Ley, las partes pueden pactar, por escrito, la exoneración o reducción del periodo de prueba.

En ningún caso, la extinción del contrato de trabajo dentro del periodo de prueba puede afectar derechos fundamentales del trabajador.

Artículo 7.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese.

Artículo 8.- El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses, en el caso de trabajadores calificados o trabajadores de confianza, o el año, en el caso de trabajadores de dirección, no surte efecto legal alguno.

APENDICE 1-D:

Sentencias

➤ **EXP. N.º 02982-2012-AA/TC JUNÍN**
JENNY MARISOL CÁCERES SÁENZ

Fund.4.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

4.3.1 Dado que la actora no superó el periodo de prueba, aún no gozaba del derecho a la protección contra el despido arbitrario, por lo que para la extinción del vínculo laboral de la demandante no se requería que previamente se le siga el procedimiento de despido regulado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR. En consecuencia, la demandada no vulneró el derecho al debido proceso de la actora.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario, y al debido proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

➤ **EXP. N.º.02456-2012-AA/TC PIURA**
JACQUELINE CARRANZA MAZA

3.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional

3.3.2 “Previamente este Colegiado con considera que es necesario determinar si la actora superó el periodo de prueba pactado sí, por ende, alcanzó la protección contra el despido arbitrario, pues obviamente carecería de sentido analizar si se produjo el alegado despido si antes la actora tenía protección contra el despido arbitrario”.

HA RESUELTO

/

Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditarse vulneración de los derechos relativos al trabajo.

Publíquese y notifíquese.SS.

BEAUMONT CALLIRGOS

MESÍA RAMÍREZ

ETOCRUZ

- Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria Corte Suprema de Justicia de la Republica.

CASACION: 7095-2014- LIMA

Fundamento

En este caso, la ex trabajadora demandante aseguraba contar con el nivel profesional y experiencia laboral para el cargo que desempeñaba.

Indicaba, además, que fue contratada por la empresa demandada luego de que esta la motivara a concluir el vínculo laboral que mantenía con su anterior empleador por un período de seis años y un mes.

Por su parte, la empresa demandada aseguró que solo se alcanza protección contra el despido arbitrario habiendo superado el período de prueba de tres meses, y que la extrabajadora únicamente laboró dos meses y catorce días, por lo que no le correspondía pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Colegiado

A criterio del supremo tribunal, la finalidad del período de prueba consiste en acreditar las cualidades del trabajador.

Por tanto, considera que la resolución del contrato durante dicho lapso solo debería operar cuando tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o cuando las pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador.

En este caso, sin embargo, la extrabajadora no solicitaba el pago de una indemnización por despido arbitrario, sino que se le abonara el pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por la ruptura de la relación laboral sin respetar su experiencia y capacidad profesional en su anterior puesto de trabajo.

Expectativas

La sala suprema concluyó entonces que la empresa demandada truncó las expectativas laborales que tenía la extrabajadora al iniciar el vínculo laboral, así como el proyecto laboral que tenía con su anterior empleador, pues renunció a su anterior trabajo motivada por su nuevo empleador, quien le ofreció una mejor oportunidad laboral.

En este contexto, el supremo tribunal concluyó que la empresa demandada no respetó el principio de buena fe contractual, y ordenó el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Esta última disposición en aplicación del artículo 1321° del Código Civil, por inexecución de la obligación contractual, especifica el mismo informe jurídico.

➤ **CAS. N° 5252-2014 LIMA**

Reposición. PROCESO ABREVIADO - NLPT. *Sumilla:* El periodo de prueba prescrito en el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos, bajo las reglas de buena fe; en consecuencia, el trabajador debe asumir las funciones del cargo para el cual concursó y se declaró ganador.

Fundamento

Décimo Segundo:

“Sobre el particular, se colige que el periodo de prueba tiene por finalidad comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos; en consecuencia, la evaluación se realizará entre otros aspectos sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas”.

➤ **EXP. N.° 1124-2001-AA/TC (Caso Telefonica)**

Derecho al Trabajo

Fundamento 12:

- a) “El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”.